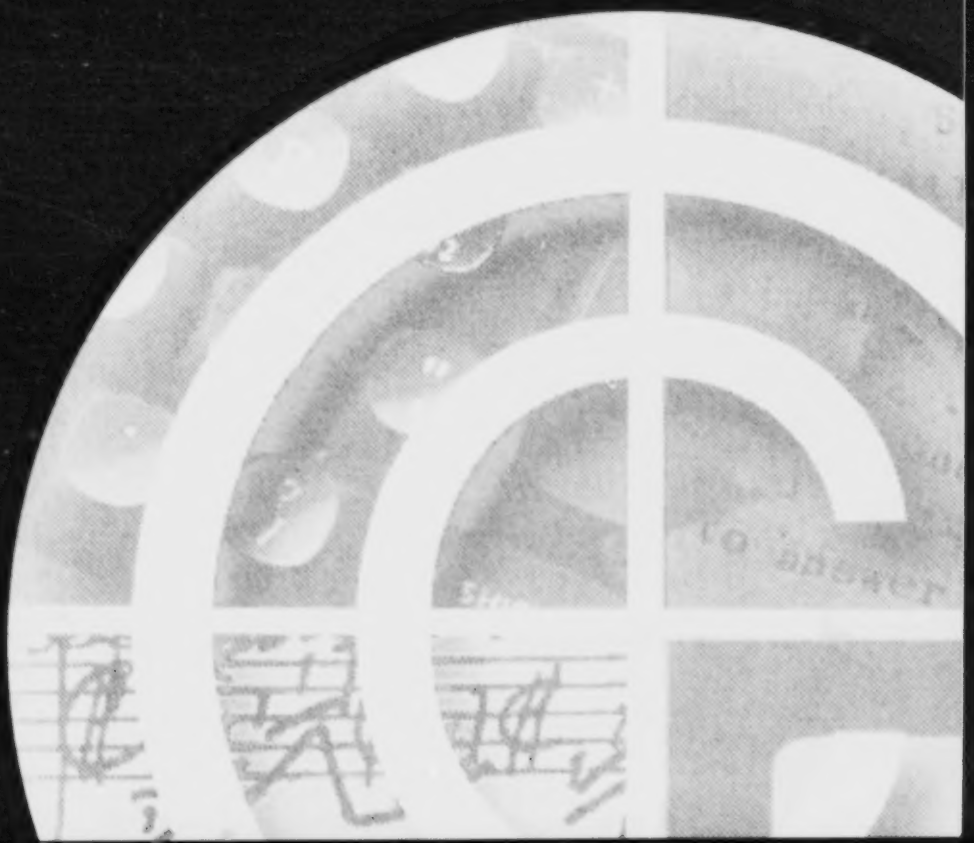
Copyright Board

ANNUAL REPORT 2003–2004



105-01119/

Copyright Board
Canada

Commission du droit d'auteur
Canada

CANADA

The Honourable David L. Emerson, P.C., M.P.
Minister of Industry
Ottawa, Ontario
K1A 0A6

Dear Mr. Minister:

I have the honour of transmitting to you for tabling in Parliament, pursuant to section 66.9 of the *Copyright Act*, the sixteenth Annual Report of the Copyright Board of Canada for the financial year ending March 31, 2004.

Yours sincerely,

Stephen J. Callary
Vice-Chairman and
Chief Executive Officer

56 Sparks Street, Suite 800, Ottawa, Ontario K1A 0C9
Telephone: (613) 952-8621 Fax: (613) 952-8630
Web Site: www.cb-cda.gc.ca

TABLE OF CONTENTS

PAGE

CHAIRMAN'S MESSAGE 5

MANDATE OF THE BOARD 7

OPERATING ENVIRONMENT 8

ORGANIZATION OF THE BOARD 11

PUBLIC PERFORMANCE OF MUSIC 13

RETRANSMISSION OF DISTANT SIGNALS 19

PRIVATE COPYING 20

REPRODUCTION OF MUSICAL WORKS 26

ARBITRATION PROCEEDINGS 27

UNLOCATABLE COPYRIGHT OWNERS 27

COURT DECISIONS 29

AGREEMENTS FILED WITH THE BOARD 31

BOARD MEMBERS AND STAFF
as of March 31, 2004

Chairman:	The Honourable Justice John H. Gomery
Vice-Chairman and Chief Executive Officer:	Stephen J. Callary
Members:	Sylvie Charron
	Brigitte Doucet
	Andrew E. Fenus
Secretary General:	Claude Majeau
General Counsel:	Mario Bouchard
Director of Research:	Gilles McDougall
Clerk of the Board:	Lise St-Cyr
Assistant-Clerk:	Lorraine Strasbourg
Financial Officer and Administrator:	Ivy Lai
Informatics Officer:	Michel Gauthier
Registry Clerks:	Nadia Campanella Tina Lusignan
Members' Secretary:	Manon Huneault

CHAIRMAN'S MESSAGE

I am pleased to present the 2003-2004 Annual Report of the Copyright Board of Canada. It documents the Board's activities during the year in the discharge of its responsibility to set royalties intended to be fair and equitable to both rights owners and users of copyright-protected works, for the use of the latter when the parties have not agreed upon such royalties, by contract or other means.

During 2003-2004, the Board held three hearings. The first dealt with the royalties to be paid to the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) for the use of musical works on private television stations (Tariff 2.A and Tariff 17). The second concerned the royalties to be paid to SOCAN when recorded music is played for dancing (Tariff 18). The third dealt with a jurisdictional issue pertaining to SOCAN's Concert tariff (Tariff 4). All three matters were disposed of by the Board by decisions issued before the end of the year.

During the year, the Board issued other decisions. One decision dealt with the reproduction of musical works by community radio stations. Two pertained to private copying: the first set the levy to be paid for the private copying of sound recordings of musical works, while the second dismissed an application for orders enforcing the private copying tariffs against certain importers of blank audio recording media. Two decisions were issued pursuant to the retransmission regime: the first designated a collective society from which certain unrepresented copyright owners could claim royalties for the retransmission of their works, while the second set interim royalties for the retransmission of distant radio and television signals.

All of the foregoing decisions are described in greater detail in the present Report.

On March 19, 2004, the Board also certified various SOCAN tariffs for the years 1998 to 2007. The reasons for this decision were issued after March 31, 2004 and will be detailed in the next annual report of the Board.

In 2003-2004, the Board issued 19 non-exclusive licences for the use of works for which copyright owners could not be located. The Board also rendered a decision dismissing a licence application for the reasons that the contemplated use did not need to be authorized by the holder of the copyright.

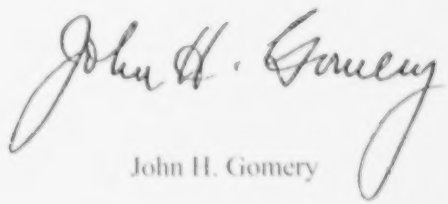
In October 2003, with the support and participation of Industry Canada, Canadian Heritage and Foreign Affairs and International Trade, the Copyright Board hosted in Canada an International Conference on National Copyright Administration. The object of this initiative was to exchange information on desirable practices and procedures developed by sister agencies, and to deal with practical issues such as the supervision of collective societies, the internet and private copying tariffs. All of the participants agreed that the Conference was a success and served to demonstrate the benefits of providing national copyright administrative institutions with a venue for discussing common challenges and issues.

In the fall of 2003, the Board submitted a brief to the House of Commons Standing Committee on Canadian Heritage who launched its statutory review of the *Copyright Act* as mandated by section 92 of the *Act*.

From the foregoing, it can be seen that the year 2003-2004 was a busy and productive period for the Board.

As of March 31, 2004, I have resigned as Chairman of the Copyright Board due to another commitment, so this is my last Annual Report. Mr. Justice William J. Vancise of the Saskatchewan Court of Appeal has been appointed as my successor. His excellence as a jurist and years of experience assure the Board of wise leadership, and I wish him success and satisfaction in his new functions.

I would like to take this occasion to thank publicly my colleagues on the Board during my tenure, and its staff and personnel, for the sustained efforts, diligence and expertise, not only during the past year but throughout the five years I have been Chairman of the Copyright Board. This was a challenging period during which many new issues have had to be resolved. The successes achieved in dealing with these questions are due to this dedicated group, with whom I have been privileged to work.



John H. Gomery

MANDATE OF THE BOARD

The Copyright Board of Canada was established on February 1, 1989, as the successor of the Copyright Appeal Board. The Board is an economic regulatory body empowered to establish, either mandatorily or at the request of an interested party, the royalties to be paid for the use of copyrighted works, when the administration of such copyright is entrusted to a collective-administration society. Moreover, the Board has the right to supervise agreements between users and licensing bodies, issue licences when the copyright owner cannot be located, and may determine the compensation to be paid by a copyright owner to a user when there is a risk that the coming into force of a new copyright might adversely affect the latter. Its responsibilities under the *Copyright Act* (the *Act*) are to:

- certify tariffs for the public performance or the communication to the public by telecommunication of musical works and sound recordings [sections 67 to 69];
- certify tariffs, at the option of a collective society referred to in section 70.1, for the doing of any protected act mentioned in sections 3, 15, 18 and 21 of the *Act*. [Sections 70.1 to 70.191];
- set royalties payable by a user to a collective society, when there is disagreement on the royalties or on the related terms and conditions [sections 70.2 to 70.4];
- certify tariffs for the retransmission of distant television and radio signals or the reproduction and public performance by educational institutions, of radio or television news or news commentary programs and all other programs, for educational or training purposes [sections 71 to 76];
- set levies for the private copying of recorded musical works [sections 79 to 88];
- rule on applications for non-exclusive licences to use published works, fixed performances, published sound recordings and fixed communication signals, when the copyright owner cannot be located [section 77];
- examine, at the request of the Commissioner of Competition appointed under the *Competition Act*, agreements made between a collective society and a user which have been filed with the Board, where the Commissioner considers that the agreement is contrary to the public interest [sections 70.5 and 70.6];
- set compensation, under certain circumstances, for formerly unprotected acts in countries that later join the Berne Convention, the Universal Convention or the Agreement establishing the World Trade Organization [section 78].

In addition, the Minister of Industry can direct the Board to conduct studies with respect to the exercise of its powers [section 66.8].

Finally, any party to an agreement on a licence with a collective society can file the agreement with the Board within 15 days of its conclusion, thereby avoiding certain provisions of the *Competition Act* [section 70.5].

OPERATING ENVIRONMENT

Historical Overview

In 1925, PRS England set up a subsidiary called the Canadian Performing Rights Society (CPRS). In 1931, the *Copyright Act* was amended in several respects. The need to register copyright assignments was abolished. Instead, CPRS had to deposit a list of all works comprising its repertoire and file tariffs with the Minister. If the Minister thought the society was acting against the public interest, he could trigger an inquiry into the activities of CPRS. Following such an inquiry, Cabinet was authorized to set the fees the society would charge.

Inquiries were held in 1932 and 1935. The second inquiry recommended the establishment of a tribunal to review, on a continuing basis and before they were effective, public performance tariffs. In 1936, the *Act* was amended to set up the Copyright Appeal Board.

On February 1, 1989, the Copyright Board of Canada took over from the Copyright Appeal Board. The regime for public performance of music was continued, with a few minor modifications. The new Board also assumed jurisdiction in two new areas: the collective administration rights other than the performing rights of musical works and the licensing of uses of published works whose owners cannot be located. Later the same year, the *Canada-US Free Trade Implementation Act* vested the Board with the power to set and apportion royalties for the newly created compulsory licensing scheme for works retransmitted on distant radio and television signals.

Bill C-32 (An Act to amend the *Copyright Act*) which received Royal Assent on April 25, 1997, modified the mandate of the Board by adding the responsibilities for the adoption of tariffs for the public performance and communication to the public by telecommunication of sound recordings of musical works, for the benefit of the performers of these works and of the makers of the sound recordings ("the neighbouring rights"), for the adoption of tariffs for private copying of recorded musical works, for the benefit of the rights owners in the works, the recorded performances and the sound recordings ("the home-taping regime") and for the adoption of tariffs for off-air taping and use of radio and television programs for educational or training purposes ("the educational rights").

General Powers of the Board

The Board has powers of a substantive and procedural nature. Some powers are granted to the Board expressly in the *Act*, and some are implicitly recognized by the courts.

As a rule, the Board holds hearings. No hearing will be held if proceeding in writing accommodates a small user that would otherwise incur large costs. The hearing may be dispensed with on certain preliminary or interim issues. No hearings have been held yet for a request to use a work whose owner cannot be located. This process has been kept simple. Information is obtained either in writing or through telephone calls.

Guidelines and Principles Influencing the Board's Decisions

The decisions the Board makes are constrained in several respects. These constraints come from sources external to the Board: the law, regulations, judicial pronouncements. Others are self-imposed, in the form of guiding principles that can be found in the Board's decisions.

Court decisions also provide a large part of the framework within which the Board operates. Most decisions focus on issues of procedure, or apply the general principles of administratively decision-making to the peculiar circumstances of the Board. However, the courts have also set out several substantive principles for the Board to follow or that determines the ambit of the Board's mandate or discretion.

The Board itself also enjoys a fair amount of discretion, especially in areas of fact or policy. In making decisions, the Board itself has used various principles or concepts. Strictly speaking, these principles are not binding on the Board. They can be challenged by anyone at anytime. Indeed, the Board would illegally fetter its discretion if it considered itself bound by its previous decisions. However, these principles do offer guidance to both the Board and those who appear before it. In fact, they are essential to ensuring a desirable amount of consistency in decision-making.

Among those factors, the following seem to be the most prevalent: the coherence between the various elements of the public performance of music tariff, the practicality aspects, the ease of administration to avoid, as much as possible, tariff structures that make it difficult to administer the tariff in a given market, the avoidance of price discrimination, the relative use of protected works, the taking into account of Canadian circumstances, the stability in the setting of tariffs that minimizes disruption to users, as well as the comparisons with "proxy" markets and comparisons with similar prices in foreign markets.

Outline of the Board's Areas of Jurisdiction

In short, the Board's jurisdiction extends to the following four areas (the manner in which the Board is seized of a matter is indicated between brackets):

1. Copyright in works

    - Public performance of music (compulsory filing of tariffs);
    - Retransmission of distant signals (compulsory filing of tariffs);
    - Other rights administered collectively (optional filing of tariffs);
    - Other rights administered collectively (arbitration of conditions of licences, upon request from a collective society or a user);
    - Issuance of licences when the rights owner cannot be located (upon request by the potential user).

2. Copyright in performers' performances and sound recordings

    - Public performance of recorded music (compulsory filing of tariffs);
    - Other rights administered collectively (optional filing of tariffs);
    - Other rights administered collectively (arbitration of conditions of licences, upon request from a collective society or a user);
    - Issuance of licences when the rights owner cannot be located (upon request by the potential user).

3. Home taping of recorded musical works, recorded performers' performances and sound recordings

    - Reproduction for private use (compulsory filing of tariffs).

4. Off-air taping and use of radio and television programs for educational or training purposes (works, performances, sound recordings and communication signals)

    - Reproduction and public performance (compulsory filing of tariffs).

Royalty Proposal and Review Mechanism

The *Copyright Act* requires that the Board certify tariffs in the following fields: the public performance or communication of musical works and of sound recordings of musical works, the retransmission of distant television and radio signals, the reproduction of television and radio programs by educational institutions and private copying. The *Act* also allows any other collective societies to proceed by way of tariffs rather than individually negotiated agreements.

The examination process is always the same. The collective society must file a statement of proposed royalties (on or before the 31st of March prior to its expected date of coming into effect) which the Board publishes in the *Canada Gazette*. The users targeted by the proposal (or in the case of private copying, any interested person) or their representatives may object to the statement within sixty days of its publication. The collective society in question and the opponents will have the opportunity to argue their case in a public hearing. After examination, the Board certifies the tariff, publishes it in the *Canada Gazette*, and explains the reasons for its decision in writing.

ORGANIZATION OF THE BOARD

Board members are appointed by the Governor in Council to hold office during good behaviour for a term not exceeding five years. They may be reappointed once.

The *Act* states that the Chairman must be a judge, either sitting or retired, of a superior, county or district court. The Chairman directs the work of the Board and apportions its caseload among the members.

The *Act* also designates the Vice-Chairman as Chief Executive Officer of the Board, exercising direction over the Board and supervision of its staff.

From left to right
Stephen J. Callary, Brigitte Doucet, Mr. Justice John H. Gomery,
Sylvie Charron and Andrew E. Femy

Chairman

The **Honourable John H. Gomery**, a justice of the Quebec Superior Court since 1982, was appointed part-time Chairman of the Board for a three-year term commencing in March 1999, renewed in March 2002 for an additional three years. Prior to his appointment to the Bench, Mr. Justice Gomery practised law with the firm Martineau Walker for 25 years. He obtained his B.A. in 1953 and graduated in law from McGill University in 1956. He was an active member of the Canadian Bar Association as National Secretary of the Commercial Law Section and was also active as a member of committees of the Montreal Bar Association, of which he was an elected councillor for several years.

Vice-Chairman & Chief Executive Officer

Stephen J. Callary is a full-time member appointed in May 1999 for a five-year term. Mr. Callary has served as Managing Director of consulting firms, RES International and IPR International; as Executive Director of TIMEC – the Technology Institute for Medical Devices for Canada; and as President of Hemo-Stat Limited and Sotech Projects Limited. He has extensive international experience dealing with

technology transfer, software copyrights and patents and the licensing of intellectual property rights. From 1976 to 1980, Mr. Callary worked with the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), the Privy Council Office (PCO) and the Federal-Provincial Relations Office (FPRO). He has a B.A. degree from the University of Montreal (Loyola College) and a B.C.L. degree from McGill University. He was admitted to the Quebec Bar in 1973 and pursued studies towards a Dr.jur. degree in Private International Law at the University of Cologne in Germany.

Members

Sylvie Charron is a full-time member appointed in May 1999 for a five-year term. She was an Assistant Professor with the University of Ottawa's Faculty of Law (French Common Law Section) and worked as a private consultant in broadcasting, telecommunications and copyright law. Prior to her law studies, she worked with the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission for 15 years.
Ms. Charron is a graduate of the University of Ottawa (B.Sc. Biology in 1974, M.B.A. in 1981 and LL.B. – Magna cum laude in 1992). Ms. Charron is a member of the Canadian Association of Law Teachers, of the *Association des juristes d'expression française de l'Ontario* (AJEFO), of the Council of Canadian Administrative Tribunals, and is former Vice-Chair of the Ottawa Chapter of Canadian Women in Communications and past Executive Director of the Council of Canadian Law Deans.

Brigitte Doucet is a full-time member appointed in November 2001 for a five-year term. Prior to her appointment, Ms. Doucet was Legal Counsel, Labour Relations with *l'Association des producteurs de films et de télévision du Québec* since October 1999. She has also been active in the copyright and music fields as well as in business law. Furthermore, she lectured at the *Institut Trebas* on *Les affaires de la musique*. Prior to her law studies, Ms. Doucet was an information technology consultant for more than eight years. Ms. Doucet is a graduate of the University of Montreal (LL.B. in 1993).

Andrew E. Fenus, MCIArb, C. Arb., is a full-time member appointed in July 1994 and reappointed in 1999 for five years. He was a Board member and Provincial Adjudicator with the Rent Review Hearings Board of Ontario from 1988 to 1994 where he served as Senior Member of the Eastern Region. Mr. Fenus is a Member of The Chartered Institute of Arbitrators and a Chartered Arbitrator in The ADR Institute of Canada. He is a graduate of Queen's University (Honours BA in 1972 and Master of Public Administration in 1977) and McGill University (Master of Library Science in 1974).

Note: Detailed information on the Board's resources, including financial statements, can be found in its Report on Plans and Priorities for 2004-2005 (Part III of the Estimates) and the Performance Report for 2003-2004. These documents are or will soon be available on the Board's Web site (www.cb-cda.gc.ca).

PUBLIC PERFORMANCE OF MUSIC

Background

The provisions under sections 67 onwards of the *Act* apply to the public performance of music or the communication of music to the public by telecommunication. Public performance of music means any musical work that is sung or performed in public, whether it be in a concert hall, a restaurant, a hockey stadium, a public plaza or other venue. Communication of music to the public by telecommunication means any transmission by radio, television or the Internet. Collective societies collect royalties from users based on the tariffs approved by the Board.

Hearings

During 2003-2004, the Board held three hearings. The first, held in April and May 2003, dealt with royalties to be paid to the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) under Tariff 2.A (Commercial Television Stations) for the years 1998-2004, and Tariff 17 (Pay and Specialty Television Services) for the years 2001-2004. The second, held in June 2003, dealt with SOCAN Tariff 18 (Recorded Music for Dancing) for the years 1998-2004. Finally, the third one, also held in June 2003, dealt with a jurisdictional issue pertaining to SOCAN Tariff 4 (Concerts).

Decisions of the Board

The Board issued three decisions in 2003-2004. The first, rendered March 19, 2004, certified many of SOCAN tariffs for the years 1998 to 2007. The reasons for this decision were issued after March 31, 2004 and will be reported in the Board's next annual report. The second decision, also rendered on March 19, 2004, pertained to SOCAN Tariffs 2.A (Commercial Television Stations) for 1998-2004, and 17 (Pay and Specialty Television Services) for 2001-2004. The last one, rendered March 23, 2004, dealt with a jurisdictional issue pertaining to SOCAN Tariff 4 (Concerts).

PUBLIC PERFORMANCE OF MUSICAL WORKS 1998 TO 2007

On March 19, 2004, the Board certified the following SOCAN tariffs for the relevant years:

- Tariff 12.B (1998-2003)
- Tariffs 18, 20 (1998-2004)
- Tariff 2.C (1998-2007)
- Tariffs 3.A, 3.B, 5.A, 7, 8, 10, 13.A, 15.A (1999-2004)
- Tariff 1.A (2000-2002)
- Tariffs 1.B, 2.B, 3.C, 11, 12.A, 13.B, 13.C, 14, 15.B, 21 (2000-2004)
- Tariff 4.B.2 (2003-2007)
- Tariff 6 (2004)

The reasons for the decision were issued after March 31, 2004.

SOCAN Tariffs 2.A (Commercial Television Stations) and 17 (Pay and Specialty Television Services)

Tariff 2.A concerns commercial broadcast television. It has been set at a percentage of revenues since 1959. On January 30, 1998, the Board had reduced the applicable rate from 2.1 to 1.8 per cent and set up a modified blanket licence (MBL), allowing stations to opt out of the traditional blanket licence for certain programs. SOCAN asked that the rate be increased to 2.1 per cent until 2003 and to as much as 3.1 per cent in 2004, and that the MBL be abolished or its financial impact be considerably toned down. The Canadian Association of Broadcasters (CAB) objected to the proposal; it asked for a rate of 1.4 per cent, for the maintenance of the MBL and for some softening of its conditions.

Tariff 17 applies to non-broadcast television signals, i.e., signals that are only offered through a transmitter (usually cable or satellite). The tariff goes back to 1990. Royalties were set at a number of cents per subscriber per month for all Canadian specialty services; royalties for other services were set at a percentage of subscription revenues. Systems serving 6,000 subscribers or less did not pay the full amount. In 2000, the full rate was 15.5¢ for the portfolio of Canadian services and 1.8 per cent for the rest. SOCAN asked that the rate be set at 1.78 per cent in 2001, growing to 2.6 per cent in 2004, and that the rate base include all transmitter (BDU) revenues. It submitted that even if maintained in Tariff 2.A, the MBL should not be extended to Tariff 17. Those who produce (the services) or distribute (the BDUs) non-broadcast signals objected to SOCAN's proposal. They asked that the rates in both tariffs be the same (and that it be reduced) and for the extension of the MBL to non-broadcast services. Some services asked that the tariff be tiered, either according to "genres" of services or in a manner similar to what is available to commercial radio.

Both matters were heard together over a period of 16 days.

Abandoning the portfolio approach: After hearing SOCAN's evidence in chief, the Board stated its intention to abandon the portfolio approach in favour of a rate per signal. The Board felt that this was a necessary change, if only because of the advent of digital tiers and of the considerable increase in the importance of satellite transmitters. The reasons that had led the Board to opt for the portfolio approach at first simply did not exist anymore.

A single rate: The Board restated the principle that broadcast and non-broadcast television are part of a single industry that should pay the same price for its music performing rights. Expressing both tariffs as a percentage of a rate base will only help to reinforce that correlation.

The starting rate: The Board used Tariff 2.A as a starting point, even though it warned that the growing revenues of non-broadcast services may make this inappropriate in the future. In support of an increase in the rate, SOCAN argued that the 1998 decision was based on false assumptions and that the current rate failed to fully account for the value of performing rights to television. For its part, CAB argued among other things that the rate had trended downwards over the years and that competitive pressures had continued to increase. The Canadian Cable Television Association (CCTA) added that Tariff 17 royalties were already growing at a very high rate and were increasingly out of proportion to royalties paid for the retransmission of distant signals. The Board concluded that it did not have enough evidence to gauge what the true value of music is in the television industry. It opted for a modest increase, while expecting that this question would be given more attention in future instances. To maintain the balance between the two sectors of the industry, the Board kept the rate for Tariff 2.A at 1.8 per cent up to 2001, and increased it to 1.9 per cent in 2002, 2003 and 2004. The rate for Tariff 17 was set at 1.78 per cent for 2001 and increased

to 1.9 per cent for 2002, 2003 and 2004. The Board chose to ignore historical trends, rejected as irrelevant SOCAN's proposed derived demand analysis and noted that competitive challenges had not prevented the industry from maintaining healthy profits. It rejected the argument that Tariff 17 royalties were growing out of proportion to BDU revenues and concluded that any comparison with the retransmission tariff would be too fraught with difficulties to be of any help.

The rate base: Everyone agreed that a broadcaster's gross revenues should be the rate base for Tariff 2.A. The definition of gross revenues in Tariff 2.A was modified to ensure that royalties are paid on account of all revenues generated when a program is broadcast. SOCAN asked that Tariff 17 target not only the services' affiliation payments and advertising revenues but also BDU revenues. Essentially for the reasons set out in its first Tariff 17 decision, the Board remained of the view that the services' revenues are the appropriate rate base.

Tiering the tariff: Though non-broadcast services as a group use on average the same amount of music as conventional broadcasters, some services use considerably less than others. For this reason, some objectors wanted Tariff 17 to be tiered. For some, general entertainment should pay the same rate as conventional television, music services should pay more, sports services should pay less, and news and information should pay even less. Others suggested that only services that use music less than 20 per cent of their broadcast time pay less, as is the case with commercial radio. SOCAN opposed any tiering. The Board concluded that tiering by genre is impractical and could result in inequities, if only because it relies on past music use patterns in a rapidly evolving market. Instead, it opted for introducing a low-music use rate modelled on the commercial radio tariff. That model has withstood the test of time. The resulting administrative burden falls mostly upon those who benefit from it. It reflects not only the actual use of the SOCAN repertoire, but variations in that use over time. The Board declined for the time being to set a higher rate for services who use the SOCAN repertoire much more than others. For one thing, monitoring a premium rate raises difficulties of a different order of magnitude than monitoring a low-use rate.

Discounts: Tariff 17 included a number of discounts that were created in response to the inability of the portfolio rate to respond to differences in the nature and composition of the portfolio from system to system. With the change to a per-service rate, those discounts were no longer relevant. If the market for affiliation rights functions properly, it will take into account those factors (type of premises, market language, size of system) that may have an impact on the price to be paid for the services, thereby reducing the rate base and with it, the amount of royalties.

The MBL: The Board had to rule on whether the MBL is legal, whether it should be maintained and if so, whether it should be changed, and be extended to non-broadcast services.

According to SOCAN, the MBL fails to comply with the purposes of the *Act*, the fundamental values of Canadian society and the principles of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Federal Court of Appeal had already ruled that the MBL is congruent with the underlying purposes of the *Act*. The argument that the MBL impinges on the principles of the *Charter* or the fundamental values of Canadian society relied on two incorrect propositions. The first is that collective administration has become a fundamental right of authors. Collective administration, while one of the preferred tools for dealing with copyright issues, is not the tool of choice in all situations. In the SOCAN regime, collective administration is neither encouraged, nor imposed, but merely made available. The second proposition is that the MBL impinges on the author's rights within the context of the SOCAN regime. Part of the argument relies on the false assumption that the purpose of the MBL is to move the setting of royalties out of the collective

administration process and turn it back to the individual copyright owner. The purpose of the MBL is merely to make available an option to allow individual transactions to occur.

SOCAN argued that the MBL should be abolished because it is inconsistent with the concept of a blanket licence, promotes inefficiency, results in unwarranted reductions of royalties and allows broadcasters to use unfairly their market power. SOCAN also complained that broadcasters had repeatedly used music for which they required a SOCAN licence in programs for which they claimed the MBL. The Board concluded that it would be premature to end the MBL. The MBL is a blanket licence itself, and therefore, not inconsistent with the concept of blanket licence. Nothing on the record demonstrated that it is inefficient or unfair to composers, either inherently or as it is currently practised. Evidence of market concentration remained flawed, while evidence on the effects of the MBL on bargains struck between composers and broadcasters was anecdotal. The tariff already accounted for misuse of the MBL: all that SOCAN had to do is to ask for the full tariff. There had been only limited opportunity for composers and broadcasters to gain experience with the MBL. That said, whether the MBL is viable in the longer term remains an open question.

The same reasons that favoured maintaining the MBL also favoured changing it as little as possible. The Board declined to alter its terms and conditions, with two exceptions. First, the MBL will be available only with respect to a broadcaster's in-house productions: this will allow composers to restore any perceived imbalance through collective bargaining. Second, illegitimate MBL claims will be further discouraged by requiring delinquent broadcasters to pay the full tariff without being allowed to claim any credit for the surcharges paid on account of the delinquent program.

The Board ruled that non-broadcast services should have access to the MBL under the same terms and conditions as conventional broadcasters; this was in keeping with the Board's finding that both sectors of the industry should be treated in a consistent manner, even though it raised implementation issues that needed to be addressed in the tariff.

Implementation issues: Changes to Tariff 17 meant that a BDU (SOCAN's target of choice for collecting the tariff) would not have all the information (e.g., a service's advertising revenues) it requires to determine how much it owes to SOCAN. The solution lied in drafting the tariff so that information flows efficiently between stakeholders. The Board acknowledged that whether the new tariff works out in practice would depend in large part on the ability of participants to share information in a timely fashion. Participants also expressed a number of concerns that are the inevitable consequence of the Federal Court of Appeal having ruled that the Board cannot apportion liability amongst joint and several debtors. Thus, the Board concluded that the tariff cannot impose payment arrangements amongst joint debtors or dictate the duration of those arrangements. These are matters for the stakeholders and the ordinary courts, not the Board.

American specialty services: The Board retained as rate base for royalties paid on account of those services their affiliation payments only, adding that the underlying assumption that American services receive no advertising revenues in their Canadian markets would need to be reexamined as soon as possible.

Small cable transmission systems: The preferential rate to which these systems are entitled remained at $10 per year, as no one had suggested any change to this. Still, the Board reiterated that once a tariff is set at a percentage of a rate base, it becomes simpler and fairer to afford the required preference by providing a discount to what would otherwise be payable. CCTA asked that the Board adjust the wording of the definition of "small cable transmission system" to take into account the December 2001 CRTC *Exemption*

Order for Small Cable Undertakings. In other tariffs, the Board had done so as a practical response to a practical problem which by its very nature, was to be temporary: everyone expected that the regulations defining what is a small system would be amended to account for the exemption order. The expected amendment has yet to be made. The Board expressed concerns about the legality of its past approach. It also noted that the Board tends to treat in the same way users entitled to a preferential treatment and those that show a very similar profile. The Board applied the same reasoning in this case.

Amount of royalties: The Board estimated Tariff 2.A royalties to about $28 million in 2002, with the MBL reducing royalties by about $2 million during that year. The Board also estimated Tariff 17 royalties to at least $22.9 million in 2002. Using 2002 as the base year, the Board estimated that increasing the Tariffs 2.A and 17 rates, as well as eliminating the discounts, should generate additional royalties of about $6.6 million for SOCAN.

Revenue neutrality: The Board concluded that SOCAN's preoccupation with revenue neutrality was misplaced. The quest for such neutrality supposes that somehow, the one-rate tariff would have generated precisely the right amount of royalties to fairly compensate SOCAN. Moreover, with the removal of all discounts, SOCAN's revenues will increase, not decrease.

SOCAN Tariff 4 (Concerts) – Jurisdictional Issue

Maple Leaf Sports & Entertainment Ltd. (MLSE) objected to SOCAN's proposed concert tariff for 2003 on the ground, among others, that the Board cannot certify pursuant to sections 67 to 68.2 of the *Act* (the SOCAN regime) a tariff that targets the right to authorize the performance in public of a musical work. That jurisdictional issue was heard as a preliminary matter on June 19, 2003. On March 26, 2004, the Board dismissed the objection.

The exclusive rights of the owner of copyright include the right to perform a musical work in public, the right to communicate the musical work to the public by telecommunication and the right to authorize such a performance or communication. The right to authorize an act protected by copyright is distinct from the right to do the act. Each right can be assigned separately. Each gives rise to a separate cause of action.

The SOCAN regime addresses the collective administration of the public performance and communication rights with respect to musical works. These provisions do not mention the authorization right. Based on this, MLSE argued that the Board is without jurisdiction to certify a tariff which purports to target that right pursuant to the SOCAN regime. SOCAN, for its part, argued that the granting of licences is essentially the granting of authorizations to perform or communicate, and that the authorization right is accordingly included, by implication, in the ambit of these provisions.

The *Act* sets out four regimes that regulate the collective administration of copyright. The SOCAN regime provides for the compulsory filing of tariffs. Retransmission of works in broadcast radio and television signals is subject to a compulsory licensing scheme which necessarily involves one or more collective societies; the regime also applies to making and using copies of broadcast programs by educational institutions. Blank audio recording media are subject to a private copying tariff, which is set pursuant to a regime that closely resembles the retransmission regime. All other collective societies administering a licensing scheme are subject to the general regime. They have the option of reaching agreements with individual users or filing proposed tariffs. In the first scenario, the Board intervenes on request, when a society and a user are unable to agree on the terms of a licence. In the second, the review and certification process for tariffs are the same as under the specific regimes.

The words of an act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the act, the object of the act and the intention of Parliament. The purpose of the SOCAN regime is to create a means whereby a collective society is allowed to collect fees fixed in a tariff certified by the Board. Since the authorization right is included in the rights which SOCAN administers, it may logically be targeted in a proposed tariff filed pursuant to the SOCAN regime.

There is a tendency to confuse the authorization right with something else, probably because "to authorize" has at least two meanings in the *Act*. The first refers to the granting of a permission. The second is a protected form of use. Both involve the granting of a permission, but only the second involves the authorization right as defined in the *Act*. The authorization right, though separate, is of a different nature since it is directly linked to the act being authorized. For example, the public performance right can exist without the communication right being protected, but the right to authorize a communication cannot exist if the communication right is not protected.

The Board rejected MLSE's argument that any tariff targeting the authorization right would have to be filed pursuant to the general regime, not the SOCAN regime. The regimes that regulate collective administration, other than the general regime, do not mention the authorization right. Specific regimes are more targeted and more demanding than the general regime as regards tariff filing and protection of users. If MLSE were correct, societies would be able to change the level of regulatory protection by licensing the authorization right instead of the specific act.

The same would happen with other provisions of the *Act*. Every provision that creates protection for an act also protects the right to authorize the act. By contrast, few provisions that qualify, restrict or regulate the protection of an act, mention the right to authorize the act. If MLSE is correct, every time the right to act is qualified, restricted or regulated, the right to authorize the act is not. That interpretation would defeat the purpose of the regulatory regimes the Board administers. The only way to deal with this is to "read into" every mention of the right to do the right to authorize the doing.

MLSE feared that SOCAN may be able to commence infringement proceedings for the authorization right even though no tariff had been filed in respect of that right, or that such proceedings could be brought against a person even though someone has already paid royalties for the public performance right. The Board found these fears to be unfounded. If the SOCAN regime implicitly applies to the authorization right, then so do all the relevant terms set out in that regime. Furthermore, it would make no sense to impose liability on a person who sanctions that which is already duly authorized. The person who has obtained the authorization right for a performance shields from liability the person who performs; the person who would otherwise need a licence for the authorization right does not if the performer has a licence to perform.

The Board also addressed other issues raised in the participants' pleadings. It concluded among other things that rights holders can deal separately with the right to perform and the right to authorize a performance, even though, given the relationship that exists between the two rights, actions on account of one right could trump the ability to act on account of the other. It also stated that a society acting pursuant to the SOCAN regime can obtain a tariff only with respect to the repertoire that it actually administers.

RETRANSMISSION OF DISTANT SIGNALS

Background

The *Act* provides for royalties to be paid by cable companies and other retransmitters for the carrying of distant television and radio signals. The Board sets the royalties and allocates them among the collective societies representing copyright owners whose works are retransmitted.

Decision of the Board

On December 22, 2003, pursuant to a request made by all the relevant collective societies, the Board issued a decision extending indefinitely, on an interim basis, the application of the *Television Retransmission Tariff, 2001-2003* and of the *Radio Retransmission Tariff, 2001-2003*. These tariffs will remain in force, unless modified in the meantime, until the final tariffs are certified for the period commencing January 1, 2004.

Minor changes were made to the tariffs, including some intended to account for amendments to the *Local and Distant Signal Regulations* which came into force January 1, 2004.

CLAIMS BY NON-MEMBERS: APPLICATION BY THE *SOCIÉTÉ DES AUTEURS DE RADIO, TÉLÉVISION ET CINÉMA* (SARTEC)

On December 19, 2003, pursuant to subsection 76(1) of the *Act*, the Board designated the Canadian Broadcasters Rights Agency (CBRA) as the collective society from which unrepresented owners of copyright in texts written pursuant to agreements managed by SARTEC and used in the production of television programs by *Groupe TVA inc.* or its subsidiaries can claim royalties for retransmission occurring in 1998 or thereafter.

SARTEC had filed a number of applications for designation. The Trial Division of the Federal Court dismissed for delay an application for a declaration challenging the right of members of SARTEC to receive a share of the royalties. SARTEC withdrew most of its applications. The Board remained seized of applications in respect of programs produced by *Groupe TVA inc.* or its subsidiaries. On December 1, 2003, availing itself of its power to proceed of its own motion in such matters, the Board advised the parties that it intended to consider the possibility of issuing a designation for an indeterminate period of time.

The Board proceeded with the indeterminate designation for reasons similar to those stated in an earlier application dealing with identical issues (see Copyright Board's 1998-1999 Annual Report). Since the relevance of CBRA being designated with respect to programs produced by *Groupe TVA inc.* was solely dependent on whether or not the group remains a member of that collective, the Board ruled that the designation would remain in force until CBRA notifies SARTEC that *Groupe TVA inc.* no longer is a member of CBRA. In that way, the designation would remain effective as long as it was relevant, while taking into account the impact of the possible departure of the relevant group of producers.

PRIVATE COPYING

Background

The private copying regime entitles an individual to make copies [a "private copy"] of sound recordings of musical works for that person's personal use. In return, those who make or import recording media ordinarily used to make private copies are required to pay a levy on each such medium. The Board sets the levy and designates a single collecting body to which all royalties are paid. Royalties are paid to the Canadian Private Copying Collective (CPCC) for the benefit of eligible authors, performers and producers.

The regime is universal. All importers and manufacturers pay the levy. However, since these media are not exclusively used to copy music, the levy is reduced to reflect non-music recording uses of media.

Private copying levies are paid only in respect of the right to reproduce sound recordings and the other underlying copyright subject-matters they contain. It is important for that reason to always keep in mind that the final product (the recorded CD) and each of the components used to create this product (blank medium, reproduction right, CD burner, time and effort required to make copy, etc.) are not the same.

Decisions of the Board

On December 12, 2003, the Board certified the private copying tariff for 2003 and 2004. The certified tariff replaced an interim decision that extended the application of the 2002 tariff and set the applicable rates at 29¢ for audiocassettes, 21¢ for CD-R and CD-RWs and 77¢ for CD-Rs Audio, CD-RWs Audio and MiniDiscs.

The Canadian Private Copying Collective (CPCC) proposed rates for the years 2003-2004 of 51¢ for each audiocassette, 59¢ for each CD-R of 100 megabytes (Mbs) or more, 49¢ for each CD-RW of 100 Mbs or more, $1.15 for each CD-R Audio and CD-RW Audio or MiniDisc, and 65¢ for each blank DVD. For removable and non-removable electronic memory cards and hard drives, CPCC sought rates varying between 0.193¢ to 1.08¢ per Mb.

The Board received some 1,500 letters of comments in addition to a number of formal objections. By the time the hearing started, the objections could be stated as follows. First, the private copying regime is constitutionally invalid. Second, the requested amounts are too high. Third, some targeted media are not leviable. Fourth, CPCC's zero-rating program (explained below) is flawed and illegal; it ought not to be taken into account in setting the levy or in the alternative, ought to be incorporated into the tariff and extended.

The hearing into the matter lasted twelve days.

Before proceeding with the analysis of the various issues, the Board noted four areas that deserved particular attention.

With respect to *technological developments*, private copying has shifted significantly from audiocassettes to blank CDs. New copying media such as recordable and rewritable DVDs continue to emerge. As expected, the popularity of MP3 music files has grown, as has the use of MP3 players. Technological protection measures (TPMs) and digital rights management (DRM) systems are increasingly being used to

control the distribution and use of, and access to, music and other content, though they are far from having been fully exploited.

When it comes to *private copying habits*, Internet is now a dominant source. Prerecorded CDs are a second significant source while some copies continue to be made from radio and other sources. Almost half of all tracks copied originate from the Internet, and more than that are copied through a personal computer. A growing, but still small, proportion of tracks downloaded from the Internet come with the right to make private copies; still, peer-to-peer networks (e.g., Kazaa) remain the main source of music downloads.

There were significant discrepancies in the evidence describing the size of the Canadian *market for blank audio recording media*. Neither the size of the market for individual blank media nor the proportion of consumption by individual consumers could be established with reasonable certainty. Figures for sales of CD-Rs varied between some 90 million units to close to a quarter of a billion. There was however little debate over pricing trends; the price for audiocassettes had remained stable while that of all other types of blank media was going down.

Zero-rating is a mechanism, developed and administered voluntarily by CPCC, whereby various groups are allowed to purchase media directly from certain manufacturers, importers or special distributors levy-free. *CPCC's extended zero-rating program* raised important issues in these proceedings, even after CPCC announced its intention to considerably increase the ambit of the program.

The Legality of Private Copying

Until March 19, 1998, copying a sound recording for one's own private purposes infringed copyright, but copyright owners were unable to prevent or license private copying. On that date, the *Act* legalized private copying of music onto audio recording media. The Board commented on several nuances of the private copying regime, and in particular upon its relevance to peer-to-peer networks, the application of fair dealing exemptions and other matters. Here are a few of the conclusions the Board reached.

First, private copying must be for the private use of the person making the copy. The copy made to give to a friend is not a private copy, nor is the copy made available online. Second, the source that is used to make the copy is not important: an unauthorized source copy can be used to make a legal private copy. Third, the medium onto which the copy is made is important: only an audio recording medium, as defined in section 79, can be used to make a private copy. That said, a medium can be an audio recording medium even though no levy is payable on it: so, computer hard drives may be audio recording media even though CPCC did not ask for a levy on them. Fourth, any fair dealing exception that may have existed in the past is now subsumed within the private copying regime; those copies should be taken into account in setting the tariff.

Zero-Rating Program: Jurisdictional Issues

A levy is payable on every blank audio recording medium manufactured or imported in Canada for the purpose of trade. Some believe that the regime cannot survive, in its current form, without some reprieve for those who do not private copy. The Board disagreed. Part VIII includes only one exception to accommodate perceptually disabled persons. The Governor in Council has regulatory powers it has not yet exercised. The *Act* does not provide the Board with any tools to accommodate those who do not use blank media to copy music. It is not for the Board, nor CPCC, to assume the role of the legislator by implying additional exemptions.

CPCC has voluntarily "zero-rated" certain transactions. Principled or pragmatic objections were raised against the program: administrative burden, lack of universal accessibility, "entrance" fees, market distortions, lack of supervision, etc. Instead, the Board focussed on the legality of the program. There are valid arguments in favour of zero-rating businesses and organizations since they cannot engage in private copying (but not individual consumers, all of whom benefit from the option of making private copies). In the end, however, the Board does not have the power to exempt those who are, under the *Act*, liable for the payment of levies. As structured, the zero-rating program creates exemptions. For all these reasons, the program has no legal basis, no legislative foundation, and is therefore illegal. The Board also expressed serious reservations about the fairness and impact of the proposed implementation of CPCC's extended program.

Constitutional Matters

As in 1999, it was alleged that the private copying regime is not copyright law or is an improperly enacted tax. Though the Board was not persuaded that any of the arguments added to what the Board had to say in 1999, it chose to make some additional comments.

The dominant feature of the regime is within the scope of copyright law. Its existence depends on the reproduction right, and the inability of rights-holders to enforce it in the context of mass infringement. Its effects are also clear; rights-holders are remunerated, and individual Canadians who indulge in private copying now do so legally. That the price for doing so is borne, in part, by those who do not private copy is not relevant in deciding whether the regime is copyright law.

The levy is not a tax. Debates about the precise meaning of words were not helpful. The analysis was better served by asking whether the regime is, by design or in practice, a tax or a type of regulatory charge. On this issue, the Board essentially repeated what has been said in 1999.

Definition of an Audio Recording Medium

The definition of "audio recording medium" sets out what is subject to a levy. The Board focussed on two aspects of this provision: the proper interpretation of the phrase "ordinarily used by individual consumers for that purpose" and the relevance of a medium's physical attributes ("a recording medium, regardless of its material form"), particularly the significance of its incorporation into a device.

On the first point, the Board repeated certain principles. First, what is relevant is use by individual consumers, not use of the product generally. Second, using a set percentage to determine what is ordinary would be arbitrary and inconsistent with the object of the regime. A qualitative and quantitative approach is better suited; it allows the levy to more easily adapt to market realities and the private copying habits of Canadians. One relevant factor is the apparent purpose of the medium, as evident from its invention, design and promotion, and its actual use.

The second point turned on whether the incorporation of a product into a device can affect its status as an audio recording medium. The definition is extremely broad. The English version contains the clause, "regardless of its material form". This rules out the possibility that the levy was intended to apply only to removable media. A medium that is incorporated into a device remains a medium. To limit the application of the levy to removable media would be inconsistent with the need to interpret the *Act* in a technologically neutral fashion.

Based on these principles, the Board maintained the levy on all media that were already subject to it. It concluded that recordable or rewritable DVDs are currently used only marginally, if at all, to record music and as such, do not yet qualify for a levy. With respect to removable memory or hard drives capable of use with MP3 players or similar devices, the Board concluded that because they were removable, it was impossible to make generalizations as to their use and that there was insufficient evidence to demonstrate that any particular type of removable memory qualifies under the *Act*.

With respect to memory or hard drives incorporated into devices that are intended for use primarily to record and play music, the Board concluded that it was possible to categorize them based on the intrinsic characteristics of the device into which the medium has been incorporated. Thus, a medium of a kind embedded into certain devices may be ordinarily used by individuals for copying music, whereas the same medium embedded in other devices may not. This can be true, notwithstanding that the essential attributes of the medium itself, for instance, solid state memory or hard disk, remain relatively constant. So, non-removable memory incorporated into digital audio recorders (a device that is designed, manufactured and advertised for the purpose of copying sound recordings of musical works) falls within the definition of an "audio recording medium" under the *Act*.

Setting the Levy Rates

In its two previous decisions, the Board used a valuation model that attempts to capture the value of each private copy, to estimate the average number of private copies made onto each audio recording medium, and thus calculate rights-holders' remuneration as a fixed rate per unit. In this instance, because of uncertainties raised by the evidence and other market and policy considerations, the Board refused to set the rates by solely updating the valuation model.

A new levy for non-removable memory permanently embedded in digital audio recorders had to be set. The Board rejected a rate per unit of memory as too complex. As capacity increases, consumers are less likely to use all available memory for copying music. Also, since consumers' demand for private copies is finite, there comes a point when more capacity is not useful for the purpose of private copying. The Board did not wish to impede the development of the emerging market for these new technologies or to encourage levy avoidance or evasion. It wanted the levy to be as simple as possible. For these reasons, the rate was set at $2 for each recorder that can record no more than 1 Gigabyte (Gb) of data, $15 for each recorder that can record more than 1 GB and no more than 10 Gbs of data, and $25 for each recorder that can record more than 10 Gbs of data.

With respect to all other media the Board opted for a freeze in the levy. The evidence on the data needed to use the existing model was uncertain. Changes in remuneration from prerecorded CD sales were overall insignificant. There was no valid reason to change the manner in which the relative importance of the eligible repertoire was assessed. To further complicate the adjustment made to account for the fact that consumers are not willing to pay the same price for a private copy of music as for an original published sound recording made no sense. Evidence relating to paid downloads and free samples was non-existent, even though levies may be phased out as these became more prevalent.

Other considerations also came into play. There is an illegal black market in which media are sold for the purpose of trade but levy-free. There is also a grey market in so far as media are imported and "burned" by the person who purchases them. The grey market is not illegal, although it may have undesirable effects. Many factors led the Board to conclude that the grey and black markets were significant. First, retailers claimed to have purchased nearly twice as many blank CDs as were reportedly sold by Canadian

manufacturers and importers. Second, the way in which available data is gathered is simply not geared to account for those markets. Third, both CPCC and the Canadian Storage Media Alliance (CSMA) have been highly preoccupied with enforcement issues, which seems to imply that those directly concerned with the issues believe that there are serious problems. The Board also was concerned that higher levies would represent a financial burden too important for consumers. Keeping the rates at their current levels dealt with all of those issues.

Other considerations, including international comparisons and the current impact of TPMs and DRM, were not taken into account.

In the end, the Board was simply not comfortable enough with the evidence presented to justify any increase in the rates. It believed that the rates established previously were, and are still, as fair and equitable as possible for all parties. As a result, rates were set at 29¢ for audiocassettes of greater than 40 minutes, 21¢ for CD-Rs and CD-RWs, and 77¢ for CD-Rs Audio, CD-RWs Audio and MiniDiscs.

The decision also addressed a number of terms and conditions of the tariff.

Vice-Chairman Callary dissented on three points.

First, he had no problems using the existing valuation model. On that basis, he would have set the rates at 28¢ for audiocassettes, 29¢ and 21¢ for CD-Rs and CD-RWs, respectively, and 72¢ for CD-Rs Audio, CD-RWs Audio and MiniDiscs. For non-removable memory permanently embedded in digital audio recorders, he would have set the same rates as the majority.

Second, he did not feel that the data on record was unreliable or that grey and black market transactions were a problem serious enough to justify a freeze.

Third, he would have taken the zero-rating program into account in setting the rates. The Board should proceed from the proposition that Parliament enacted a regime that is meant to be workable and fair and that achieves its underlying goals. The zero-rating program has become an intrinsic part of the regime; a levy that does not account for it will be unfair to rights-holders. Setting a rate that is based on the expectation that all purchasers of blank media will pay it, and then having CPCC collect only from a percentage of those purchasers results in a devaluation of the owners' rights. The zero-rating program is not illegal. By setting it or accounting for it in the levy rate, neither CPCC nor the Board assume the role of the legislator by implying additional exemptions. By implementing the program, CPCC did not undermine the regime; it heeded a direct message sent by the Board, and responded to a hard reality in the marketplace. Taking the program into account in setting the rates simply is taking into account the reality of the levy's application.

[NOTE: This decision currently is the subject of three applications for judicial review before the Federal Court of Appeal]

Private Copying Tariff Enforcement

On May 7, 2003, CPCC asked that the Board issue orders requiring certain importers of blank audio recording media to pay outstanding levies and to generally comply with the terms of the private copying tariff. At the outset, the Board raised the issue of whether it has the power to issue such orders. CPCC argued that the Board has the power to order someone to comply with the terms of a certified tariff and to hold that person in contempt in the event he/she refuses to do so. On January 19, 2004, the Board dismissed the application.

The application raised two questions. Does the Board have the power to order someone to comply with the terms of a certified tariff and if so, can it sanction non compliance with the order through contempt proceedings?

CPCC's argument that the Board has the power to issue an order requiring someone to comply with the terms of a certified tariff rested on three main propositions.

First, CPCC argued that subsection 66.7(1) of the *Act* grants to the Board the powers of a superior court of record in respect of the enforcement of its decisions, and that certified tariffs are decisions. This argument runs against administrative law values and principles, such as restricting a tribunal's powers to those that are necessary to the proper exercise of its core competence. If only for that reason, a reference to the enforcement of decisions is not of itself sufficient to conclude that Parliament intended the Board to deal with the day-to-day enforcement of tariffs. The provision provides the tools the Board requires to carry out its core mandate; it allows it to issue decisions of a procedural or interlocutory nature made in support of, and as a corollary to, the exercise of its core function. One does not require the power to enforce tariffs in order to certify tariffs. Moreover, subsection 66.7(2) of the *Act* allows a person to seek the assistance of a superior court in enforcing decisions of the Board; this implies that there are things a superior court can do that the Board cannot.

Second, CPCC argued that the Board has the same powers as the Competition Tribunal; that tribunal enforces its own orders. Similarities between the *Copyright Act* and the *Competition Tribunal Act* must be analysed by looking at the whole statutory scheme. When so approached, the differences, not the similarities, become striking. The Tribunal's functions and powers are set out in a single, extremely broad provision. The Board's mandate is set out throughout Parts VII and VIII of the *Copyright Act*, and is mostly limited to setting levies and their related terms and conditions. The two bodies also fulfill quite different roles. The Tribunal supervises all non-criminal, anti-competitive behaviour in Canada. The Board sets rates and packages them in tariffs. The Tribunal is the only forum capable of properly ensuring the enforcement of the orders it makes. By contrast, the Board's tariffs are not that complex to understand or enforce, and courts have proven to be an effective forum to enforce them. Furthermore, the *Copyright Act* clearly leaves it to others to enforce tariffs. The Competition Tribunal issues highly complex and fine-tuned orders; it cannot fulfill its role without being able to deal with those who defy its orders. The Board can certify tariffs and their related terms and conditions without getting involved in their enforcement.

Third, CPCC argued that a certified tariff cannot be effectively enforced by the Federal Court without an order of the Board directed against a specific person or an order to pay a quantified amount. This, even if true, is irrelevant. Certified tariffs set out rights and obligations. The *Act* sets out how they can be enforced. Nothing more is needed. As for having to decide whether filing legal actions makes practical sense, that is nothing more that what confronts all rights-holders who suspect that a user's obligations towards them are not being satisfied.

The Board also concluded that even if it had the power to issue the requested orders, it would not have the power to find those who would fail to comply with them in contempt of the Board. Failure to comply with such an order would constitute contempt *ex facie* and subsection 66.7(3) of the *Copyright Act* indicates that the power to sanction *ex facie* contempt rests elsewhere. Again, the Board dismissed the apparent similarities between it and the Competition Tribunal based on an analysis of the whole statutory schemes.

REPRODUCTION OF MUSICAL WORKS

Background

Sections 70.12 to 70.191 of the *Copyright Act* give collective societies that are not subject to a specific regime the option of filing a proposed tariff with the Board. The review and certification process for such tariffs is the same as under the specific regimes. The certified tariff is enforceable against all users; however, in contrast to the specific regimes, agreements signed pursuant to the general regime take precedence over the tariff.

Decision of the Board

On March 26, 1999, the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) filed a proposed statement of royalties for the reproduction of musical works in Canada by radio stations other than *Radio-Canada* and the Canadian Broadcasting Corporation for the years 2000 to 2002.

For reasons of commodity, SODRAC subsequently divided its proposed tariff into two parts. The first targeted commercial radio stations; its examination was combined with the proposed statement of the Canadian Musical Reproduction Rights Agency (CMRRA) for commercial radio stations and was the subject of a Board decision issued on March 28, 2003 (see Copyright Board's 2002-2003 Annual Report).

The second part targeted all not-for-profit stations, including community stations, campus stations affiliated with a post-secondary educational institution, native stations and religious stations. SODRAC sought royalties of $50 per month from French-language and ethnic-language stations and $10 per month from all other stations. Three associations objected to this part of the tariff: the *Association des radiodiffuseurs communautaires du Québec* (ARCQ), the *Alliance des radios communautaires du Canada* (ARCC), and the National Campus and Community Radio Association (NCRA).

SODRAC eventually agreed with ARCQ and ARCC that their member stations would pay $250 per year for a licence to reproduce works in the SODRAC repertoire and to use the resulting copies for broadcasting purposes. On March 27, 2002, SODRAC filed with the Board an amended proposal that reflected this agreement. The proposal targeted only stations licensed by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) as community radio stations, except those licensed to operate in English. As a result, members of the NCRA were no longer targeted by the proposed tariff.

On the same date, SODRAC filed with the Board a proposed Tariff 3.B for the years 2003 to 2005. This tariff, published in the *Canada Gazette* on May 11, 2002, is identical to the amended proposal for 2000 to 2002. Only NCRA objected to this proposed tariff; it subsequently withdrew its objection after

receiving assurances from SODRAC that the proposed tariff for 2003 to 2005 did not target community stations licensed to operate in the English language.

On May 10, 2003, the Board, after taking note of the fact that SODRAC did not intend to collect royalties for the year 2000, certified the tariff for the years 2001 to 2005.

ARBITRATION PROCEEDINGS

Pursuant to section 70.2 of the *Act*, the Board can arbitrate disputes between a collective society that represents copyright owners, and the users of the works of those owners. Its intervention is triggered by application by either the collective society or the user.

There were no applications pursuant to that section in 2003-2004.

UNLOCATABLE COPYRIGHT OWNERS

Pursuant to section 77 of the *Act*, the Board may grant licences authorizing the use of published works, fixed performances, published sound recordings and fixed communication signals, if the copyright owner is unlocatable. However, the *Act* requires licence applicants to make reasonable efforts to find the copyright owner. Licences granted by the Board are non-exclusive and valid only in Canada.

Since its inception in 1989, the Board has issued 134 licences. In 2003-2004, 31 applications were filed with the Board and 19 licences were issued as follows:

- *SummitREIT Property Management Ltd.*, Calgary, Alberta, authorizing the reproduction of architectural plans created by Peter & Symonds Partnership Architects and Planners for the property located at 3805, 29th Street N.E. in Calgary.

- *Nargis Gamble*, Calgary, Alberta, authorizing the reproduction of architectural plans for the property located at 74 Applestone Park S.E. in Calgary built by North Star (later d.b.a.West Star) for MaCalgary Developments.

- *Éditions du remue-ménage*, Montreal, Quebec, authorizing the reproduction of the cover of the book entitled *Pour contrôler les naissances - D'après la méthode Ojino-Knaus* written by Jacques Poys and published in 1943 by Les Éditions Nossiop.

- *The Estate Condominium Board*, Calgary, Alberta, authorizing the reproduction of architectural plans created by K. Michie in 1982 for the property located at 720, 13th Avenue S.W. in Calgary.

- *John Hillman*, Montreal, Quebec, authorizing the mechanical reproduction of the musical work *Intentions* written by George Adams (1940-1992).

- *Office national du film du Canada*, authorizing the reproduction and incorporation in a documentary, of a cartoon by Stewart Cameron published in 1943 in his book entitled *Basic training daze: candid cartoons of you and me in the army* (publisher unknown).

- *Monique Saintonge*, Laval, Quebec: two licences were issued to the applicant authorizing the mechanical reproduction of the musical work *Donne-moi ton coeur* written by Lucien Brosseau and published by BMI Canada Limited of Toronto in 1958.

- *Martin Racine*, Val-Bélair, Quebec, authorizing the mechanical reproduction of 23 musical works written and/or recorded by Isidore Soucy.

- *Northern Sky Entertainment Ltd.*, Toronto, Ontario, authorizing the use, as off-camera narration in a television documentary, of three excerpts of letters written by Lieutenant Robert C. Lewin, Lieutenant John B. Doyle, Jr. and Lieutenant Russell Lloyd during the Second World War.

- *Robert Wong*, Ottawa, Ontario, authorizing the reproduction of architectural plans created in 1957 (architect unknown) for the property located at 2012 Killarney Drive in Ottawa.

- *University of Prince Edward Island's Robertson Library*, authorizing the digital reproduction and the communication to the public of *The Prince Edward Magazine* published in Charlottetown, P.E.I. from 1899 to 1905.

- *334154 Alberta Limited*, Calgary, Alberta, authorizing the reproduction of architectural plans created by Strong, Lamb & Nelson (Edmonton) Ltd. (formerly Burwash-De Jong Ltd.) for the property located at 3515, 17th Avenue S.W. in Calgary.

- *Christopher Simmonds Architect*, Ottawa, Ontario, authorizing the reproduction of architectural plans created in 1983 by Polyhedra Design and Drafting for the property located at 154 Billings Avenue in Ottawa.

- *University of British Columbia Music Library*, authorizing the digital reproduction, the public performance and the communication to the public of 14 musical works (sheet music) on the University's Web site.

- *Carleton Condominium Corporation No. 281*, Ottawa, Ontario, authorizing the reproduction of electrical site distribution plans created in 1983 by J.G. Knowlton Ltd. for the Eagle Ridge Condominium Complex located at 100 Stratas Court in Ottawa.

- *Adjeleian Allen Rubeli Limited*, Ottawa, Ontario, authorizing the reproduction of architectural plans created in the 1970s by Fisher, Tedman, Glaister Architects of Toronto and Gratton (or Grattan) D. Thompson of Montreal for the property located at 205 Richmond Road in Ottawa.

- *Ontario Office of the Worker Adviser*, authorizing the digital reproduction and the communication to the public of a detail of Paul Rand's painting "Coal Diggers" (1935) on their Web site.

- *Soloway Jewish Community Centre - Ganon Preschool*, Ottawa, Ontario, authorizing the mechanical reproduction of 21 songs.

In addition, the Board rendered a decision dismissing a licence application filed by *Pointe-à-Callière, Musée d'archéologie et d'histoire de Montréal* for the reasons that the contemplated use did not need to be authorized by the holder of the copyright. The Museum wished to reproduce and display, in the context of

an exhibition entitled *Dreams and Realities Along the Lachine Canal*, twelve quotations, ten of which would also be translated. The texts came from two books entitled *St-Henri* and *Petite Bourgogne*. The books are compendia of short commentaries on the social, political, labour and community history of these Montreal neighbourhoods. The Board came to the conclusion that the passages to be used did not constitute a substantial part of the works from which they were taken.

COURT DECISIONS

On March 27, 2003, the Supreme Court of Canada had granted leave to appeal the May 1, 2002 decision of the Federal Court of Appeal which granted in part an application for judicial review of the October 27, 1999 decision of the Board dealing with SOCAN's Tariff 22 (Music on Internet). The matter was heard and reserved on December 3, 2003.

Public Performance of Music

On March 15, 2002, the Board certified the first tariff respecting the royalties payable by providers of digital pay audio services for the communication to the public by telecommunication of musical works and sound recordings of such works. The Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC) challenged the Board's decision before the Federal Court of Appeal mainly on two accounts. First, it alleged that the Board erred in law in allocating (before making further adjustments that account for the relative importance of eligible repertoires) half the royalties to the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) and the other half to NRCC, thereby overlooking that performers and makers have separate rights to remuneration. Second, the Board erred in certifying a joint tariff for NRCC and SOCAN, each having submitted separate tariffs. The application concerned the interpretation of the Board's statutory power to alter the terms and conditions attached to royalties when it approves a tariff.

On July 10, 2003, the Federal Court of Appeal dismissed NRCC's application.

The Court started by concluding, based solely on "common ground" among the parties (other than the Board), that performers and makers have separate rights to equitable remuneration. The disputed issue was whether the Board's reasons indicated that it had allocated royalties on the erroneous view that performers and makers have but one right to remuneration. The Court concluded that it would be very surprising if such a highly specialized Board would have committed such an elementary error, especially since in an earlier decision dealing with private copying, the Board had allocated the royalties more or less equally among authors, performers and makers. Neither was the Court convinced that the Board had erred in relying upon a previous decision which dealt with the remuneration rights of performers and makers for commercial radio (Tariff 1.A). The Board, as a specialized administrative tribunal, was entitled to significant deference in the interpretation of its own case law.

The next issue was whether the Board had ignored NRCC's evidence on the relative values of the contributions made by authors, performers and makers to the value of the communication to the public by digital pay audio services of recorded music. The Court concluded that the Board had not ignored NRCC's evidence; it was well aware of it but did not accept it.

The third issue was whether the Board had misused its discretion in certifying a single tariff when parties had proposed separate tariffs and did not consent to certification of a single one. NRCC submitted that

converting two into a single tariff could not be looked upon as an alteration to the royalties and the terms and conditions related thereto.

A pragmatic and functional analysis had to be applied to determine the applicable standard of review. At issue was whether the Board's discretion to certify the tariffs submitted "with such alterations to the royalties and to the terms and conditions related thereto" authorizes the Board to issue one tariff when the parties submitted separate tariffs and did not consent to the certification of a single tariff. That this was a question of law and that the Board's decision will be of precedential significance, militated in favour of review on the correctness standard. On the other hand, at issue was the Board's power to grant a remedy of a kind unfamiliar in court litigation. The issue could be characterized as "jurisdictional", concerning as it did the interpretation of a statutory grant of remedial discretion. But the Board has been given an usually broad discretion to certify tariffs subject to such alterations to royalties and terms and conditions as it considers necessary. This suggested an intention on the part of Parliament that the Board's view of its duties are to be accorded deference.

The Board was in the better position to determine whether its powers extend to certification of a single tariff where the parties do not consent thereto. This was not a question of law that is relevant to copyright infringement proceedings, but was of a specialized nature that arose in the course of proceedings that Parliament has entrusted to the exclusive jurisdiction of the Board. The issue was intimately linked to the performance of the Board's statutory functions, including concern for regulatory efficiency and fairness. The Board's understanding of tariff administration and the balancing of competing economic interests was more relevant than was a general knowledge of law in determining whether the subsection authorizes the Board to unilaterally certify a single tariff.

Also of importance was a consideration of the purposes of the statutory scheme as a whole, as well as those of the disputed provision. The purpose of the statute is to ensure that creators are compensated for the use of their works. It establishes a scheme for collective administration. It balances, in the public interest, the competing claims of producers, users and consumers. The Board, established to administer this scheme, discharges its regulatory responsibilities in the context of rapid and profound technological advances which are reshaping the market and call for sophisticated regulatory responses. It was presumably intended to equip the Board with the powers needed to implement its decisions in an effective and efficient manner and to that end the legislator conferred upon it a very wide royalty certification discretion. Review according to the correctness standard would not be compatible with these purposes.

Courts seem reluctant to hold that patent unreasonableness is the appropriate review standard for the determination of questions of law by an adjudicative tribunal not protected by a strong preclusive clause; nevertheless, the instant case should be treated as an exception. Particular latitude should be allowed where an exercise of power is integral to a complex regulatory scheme and can have only an indirect and limited effect on individuals' economic interests.

The remaining question was whether it was patently unreasonable for the Board to have interpreted subsection 68(3) as authorizing it to merge tariffs. It was not, from the wording of the provision, immediately apparent that altering the proposed tariffs by certification of a single tariff could not rationally fall within the Board's discretion to make "such alterations to the royalties and to the terms and conditions related thereto as the Board considers necessary". The reasons given by the Board – to reduce the administrative burden on digital pay audio services providers while not significantly prejudicing collective societies – were rationally related to the discharge of its regulatory function.

While NRCC may find a single tariff inconvenient and may be potentially prejudiced by it, it did not make some startling inroad into highly prized private legal rights. In any event, if NRCC is adversely affected by the certification of a single tariff, any prejudice is likely to be small. Each tariff is of limited duration; next time around, it will be open to NRCC to argue that the single tariff had caused it difficulties and that separate tariffs ought to be certified.

[Reference: Neighbouring Rights Collective of Canada v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (F.C.A.), [2004] 1 F.C.R. 303]

AGREEMENTS FILED WITH THE BOARD

Pursuant to the *Act*, collective societies and users of copyrights can agree on the royalties and related terms of licences for the use of a society's repertoire. Filing an agreement with the Board pursuant to section 70.5 of the *Act* within 15 days of its conclusion, shields the parties from prosecutions pursuant to section 45 of the *Competition Act*. The same provision also grants the Commissioner of Competition appointed under the *Competition Act* access to those agreements. In turn, where the Commissioner considers that such an agreement is contrary to the public interest, he may request the Board to examine it. The Board then sets the royalties payable under the agreement, as well as the related terms and conditions.

In 2003-2004, 291 agreements were filed with the Board, totalling 3,677 agreements filed since the Board's inception in 1989.

Access Copyright, The Canadian Copyright Licensing Agency (formerly known as CANCOPY), which licenses reproduction rights, such as photocopy rights, on behalf of writers, publishers and other creators, filed 230 agreements granting various institutions and firms a licence to photocopy works in its repertoire. These agreements were concluded with various educational institutions, municipalities, corporations, non-profit associations and copy shops.

The *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction* (COPIBEC) filed 23 agreements. COPIBEC is the collective society which authorizes in Quebec the reproduction of works from Quebec, Canadian (through a bilateral agreement with *Access Copyright*) and foreign rights holders. COPIBEC was founded in 1997 by *l'Union des écrivaines et écrivains québécois* (UNEQ) and the *Association nationale des éditeurs de livres* (ANEL). The agreements filed in 2003-2004 have been concluded with municipalities and various organizations in the Province of Quebec.

Access Copyright and COPIBEC have also filed two agreements they have jointly entered into with the Toronto-Dominion Bank and with Apple Canada Inc.

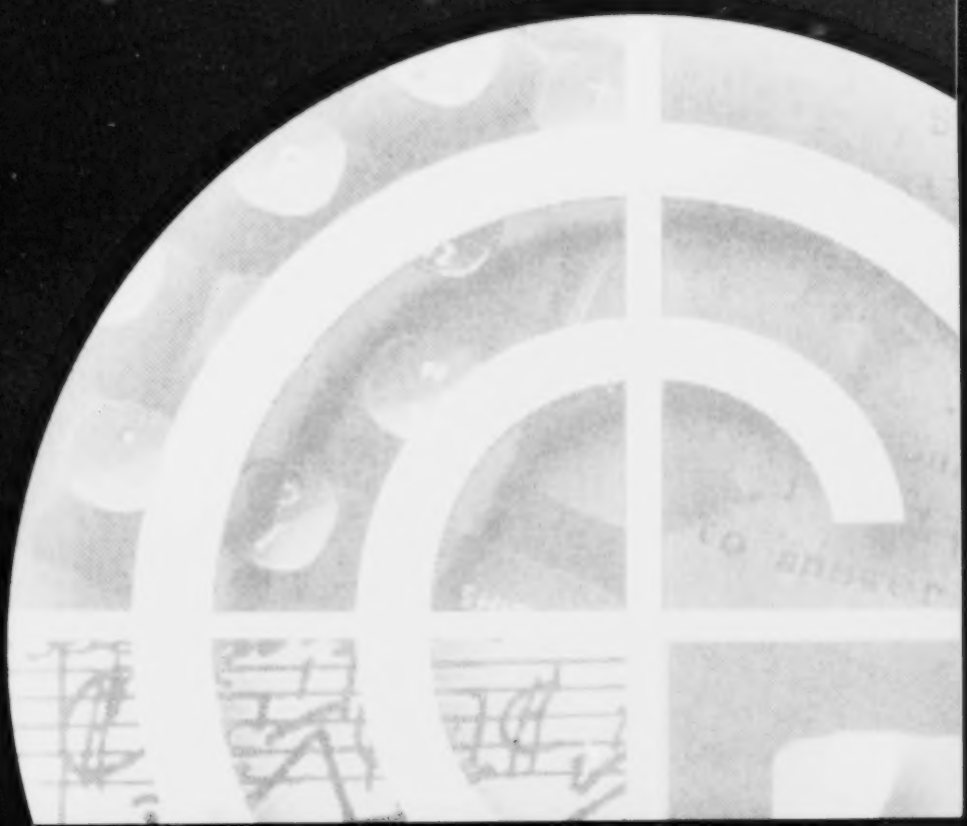
The Audio-Video Licensing Agency (AVLA), which is a copyright collective that administers the copyright for the owners of master and music video recordings has filed, for its part, 30 agreements.

The Canadian Musical Reproduction Rights Agency (CMRRA), a Canadian centralized licensing and collecting agency for the reproduction rights of musical works in Canada, has filed an Online Licensing Template Agreement concluded with the Canadian Recording Industry Association (CRIA), Napster and MusicNet for the issuance of online licenses for downloads and streams of musical works embodied in a sound recording.

Finally, the Canadian Broadcasters Rights Agency (CBRA) filed three agreements pertaining to non-commercial media monitoring and two agreements pertaining to commercial media monitoring. CBRA represents various Canadian private broadcasters that create and own radio and television news and current affairs programs and communication signals.

Commission du droit d'auteur

RAPPORT ANNUEL 2003–2004



Copyright Board
Canada

CANADA

Commission du droit d'auteur
Canada

L'honorable David L. Emerson, c.p., député
Ministre de l'Industrie
Ottawa (Ontario)
K1A 0A6

Monsieur le ministre,

J'ai l'honneur de vous transmettre pour dépôt au Parlement, conformément à l'article 66.9 de la *Loi sur le droit d'auteur*, le seizième rapport annuel de la Commission du droit d'auteur du Canada pour l'exercice financier se terminant le 31 mars 2004.

Veuillez agréer, Monsieur le ministre, l'expression de ma très haute considération.

Le Vice-président
et premier dirigeant,

Stephen J. Callary

56, rue Sparks, Bureau 800, Ottawa (Ontario) K1A 0C9
Téléphone : (613) 952-8621 Télécopieur : (613) 952-8630
Site Web : www.cda-cb.gc.ca

TABLE DES MATIÈRES

PAGE

MESSAGE DU PRÉSIDENT 5

MANDAT DE LA COMMISSION 7

CONTEXTE OPÉRATIONNEL 8

RÉGIE INTERNE DE LA COMMISSION 11

EXÉCUTION PUBLIQUE DE LA MUSIQUE 13

RETRANSMISSION DE SIGNAUX ÉLOIGNÉS 19

COPIE POUR USAGE PRIVÉ 20

REPRODUCTION D'ŒUVRES MUSICALES 27

PROCÉDURES D'ARBITRAGE 28

TITULAIRES DE DROITS D'AUTEUR INTROUVABLES 28

JUGEMENTS DES TRIBUNAUX 30

ENTENTES DÉPOSÉES AUPRÈS DE LA COMMISSION 33

COMMISSAIRES ET PERSONNEL DE LA COMMISSION
au 31 mars 2004

Président :	L'honorable juge John H. Gomery
Vice-président et premier dirigeant :	Stephen J. Callary
Commissaires :	M[e] Sylvie Charron
	M[e] Brigitte Doucet
	Andrew E. Fenus
Secrétaire général :	M[e] Claude Majeau
Avocat général :	M[e] Mario Bouchard
Directeur de la recherche :	Gilles McDougall
Greffière :	Lise St-Cyr
Greffière-adjointe :	Lorraine Strasbourg
Agent financier et administrateur :	Ivy Lai
Agent à l'informatique :	Michel Gauthier
Commis au greffe :	Nadia Campanella Tina Lusignan
Secrétaire des commissaires :	Manon Huneault

MESSAGE DU PRÉSIDENT

J'ai le plaisir de présenter le rapport annuel 2003-2004 de la Commission du droit d'auteur du Canada. Il rend compte des activités menées par la Commission au cours de l'année pour s'acquitter de sa responsabilité de fixer des redevances qui se veulent justes et équitables tant pour les titulaires de droits que pour les utilisateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur, dans les cas où les parties ne se sont pas entendues sur de telles redevances, par contrat ou autrement.

En 2003-2004, la Commission a tenu trois audiences. La première portait sur les redevances à verser à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) pour l'utilisation d'œuvres musicales par des stations de télévision privées (tarifs 2.A et 17). La deuxième concernait les redevances à verser à la SOCAN lorsque de la musique enregistrée est jouée à des fins de danse (tarif 18). La troisième avait trait à une question de compétence liée au tarif de la SOCAN pour les concerts (tarif 4). La Commission a rendu ses décisions dans les trois cas avant la fin de l'année.

Au cours de l'année, la Commission a également rendu d'autres décisions. L'une portait sur la reproduction d'œuvres musicales par des stations de radio communautaires. Deux avaient trait à la copie privée : la première a fixé le montant à verser pour la copie privée d'enregistrements sonores d'œuvres musicales; l'autre rejetait la demande d'ordonnances obligeant certains importateurs de supports audio vierges à respecter les modalités des tarifs pour la copie privée. Deux décisions ont été rendues au sujet du régime de retransmission : la première désignait une société de gestion à laquelle certains titulaires de droits d'auteur non représentés pourraient réclamer des redevances pour la retransmission de leurs œuvres, alors que l'autre fixait des redevances provisoires pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision.

Le présent rapport contient une description plus détaillée des décisions susmentionnées.

Le 19 mars 2004, la Commission a également homologué divers tarifs de la SOCAN pour les années 1998 à 2007. Les motifs de cette décision ont été publiés après le 31 mars 2004 et seront décrits dans le prochain rapport annuel de la Commission.

En 2003-2004, la Commission a délivré 19 licences non exclusives pour l'utilisation d'œuvres pour lesquelles les titulaires de droits étaient introuvables. De plus, une décision a été rendue rejetant une demande de licence au motif que l'utilisation envisagée ne requérait pas l'autorisation du titulaire du droit d'auteur.

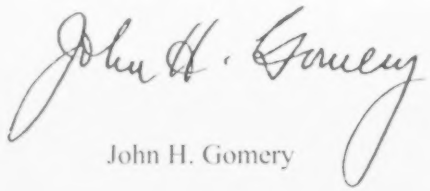
En octobre 2003, avec la collaboration et la participation des ministères de l'Industrie, du Patrimoine canadien et des Affaires étrangères et du Commerce international, la Commission du droit d'auteur a tenu une Conférence internationale sur l'administration nationale du droit d'auteur. Le but de cette rencontre était d'échanger des renseignements sur les pratiques et les méthodes exemplaires adoptées par des organismes analogues et de traiter de questions pratiques telles que la supervision des sociétés de gestion, l'Internet et les tarifs pour la copie privée. Tous les participants ont convenu que la Conférence avait été un succès et avait contribué à montrer l'utilité de fournir aux institutions nationales de gestion du droit d'auteur un forum pour débattre de défis et de problèmes communs.

À l'automne de 2003, la Commission a déposé un mémoire au Comité permanent de la Chambre des communes sur le patrimoine canadien, qui a entrepris son examen de la *Loi sur le droit d'auteur*, conformément à l'article 92 de cette *Loi*.

À la lumière de ce qui précède, on voit que l'année 2003-2004 a été une période d'activité fructueuse et intense pour la Commission.

À compter du 31 mars 2004, j'ai démissionné de la présidence de la Commission du droit d'auteur en raison d'un autre engagement. Ce rapport annuel est donc mon dernier. M. le juge William J. Vancise, de la Cour d'appel de la Saskatchewan, prendra la relève. Ce juriste exceptionnel possédant de longues années d'expérience saura assurer un sage leadership à la Commission. Je lui souhaite de connaître succès et satisfaction dans ses nouvelles fonctions.

Je profite de cette occasion pour remercier publiquement les collègues que j'ai eus au cours de mon mandat à la Commission du droit d'auteur ainsi que les membres de son personnel pour leurs efforts soutenus, leur zèle et leur compétence, non seulement au cours de la dernière année, mais durant mes cinq années à la présidence de la Commission. Ce fut une période remplie de défis stimulants au cours de laquelle nous avons eu de nombreux problèmes nouveaux à résoudre. Le fait que nous ayons réussi à régler ces questions avec succès est attribuable à ces personnes dévouées que j'ai eu le privilège de côtoyer.



John H. Gomery

MANDAT DE LA COMMISSION

Créée le 1er février 1989, la Commission du droit d'auteur du Canada a succédé à la Commission d'appel du droit d'auteur. La Commission est un organisme de réglementation économique investi du pouvoir d'établir, soit de façon obligatoire, soit à la demande d'un intéressé, les redevances à être versées pour l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, lorsque la gestion de ce droit est confiée à une société de gestion collective. Par ailleurs, la Commission exerce un pouvoir de surveillance des ententes intervenues entre utilisateurs et sociétés de gestion, délivre elle-même certaines licences lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable, et peut établir l'indemnité à verser par un titulaire de droits à un utilisateur lorsque l'entrée en vigueur d'un nouveau droit risque de porter préjudice à ce dernier. En vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* (la *Loi*), voici les responsabilités qui lui sont confiées :

- homologuer les tarifs pour l'exécution publique et la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores [articles 67 à 69];
- homologuer les tarifs, à l'option des sociétés de gestion visées à l'article 70.1, pour l'accomplissement de tout acte protégé mentionné aux articles 3, 15, 18 et 21 de la *Loi* [articles 70.1 à 70.191];
- fixer les redevances payables par un utilisateur à une société de gestion, s'il y a mésentente sur les redevances ou sur les modalités afférentes [articles 70.2 à 70.4];
- homologuer les tarifs pour la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio, ou pour la reproduction et l'exécution publique par des établissements d'enseignement, à des fins pédagogiques, d'émissions ou de commentaires d'actualité et toute autre émission de télévision et de radio [articles 71 à 76];
- fixer les redevances pour la copie pour usage privé d'œuvres musicales enregistrées [articles 79 à 88];
- se prononcer sur des demandes de licences non exclusives pour utiliser une œuvre publiée, la fixation d'une prestation, un enregistrement sonore publié ou la fixation d'un signal de communication dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable [article 77];
- examiner, à la demande du Commissaire de la concurrence nommé au titre de la *Loi sur la concurrence*, les ententes conclues entre une société de gestion et un utilisateur et déposées auprès de la Commission, lorsque le Commissaire estime que l'entente est contraire à l'intérêt public [articles 70.5 et 70.6];
- fixer l'indemnité à verser, dans certaines circonstances, à l'égard d'actes protégés à la suite de l'adhésion d'un pays à la Convention de Berne, à la Convention universelle ou à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, mais qui ne l'étaient pas au moment où ils ont été accomplis [article 78].

Par ailleurs, le ministre de l'Industrie peut enjoindre la Commission d'entreprendre toute étude touchant ses attributions [article 66.8].

Enfin, toute partie à une entente visant l'octroi d'une licence par une société de gestion peut déposer l'entente auprès de la Commission dans les quinze jours de sa conclusion, échappant ainsi à certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence* [article 70.5].

CONTEXTE OPÉRATIONNEL

Historique

C'est en 1925 que fut mise sur pied la première société canadienne de gestion du droit d'exécution publique, la *Canadian Performing Rights Society* (CPRS), une filiale de la PRS anglaise. En 1931, la *Loi sur le droit d'auteur* était modifiée à plusieurs égards. L'obligation d'enregistrer toutes les cessions de droits était abolie. En lieu et place, obligation était faite à la CPRS de produire une liste des titres de toutes les œuvres faisant partie de son répertoire et de déposer des tarifs auprès du Ministre. Ce dernier pouvait mettre en branle un processus d'examen des activités de la CPRS s'il était d'avis que le comportement de la société allait à l'encontre de l'intérêt public. Après une telle enquête, le gouvernement avait le pouvoir d'établir les droits que la société pourrait percevoir.

Deux enquêtes furent tenues, en 1932 et en 1935. La seconde recommanda la mise sur pied d'un organisme chargé d'examiner les tarifs pour l'exécution publique de la musique sur une base continue et avant qu'ils entrent en vigueur. En 1936, une modification à la *Loi* créa la Commission d'appel du droit d'auteur.

La Commission du droit d'auteur du Canada prit en charge les compétences de la Commission d'appel du droit d'auteur le 1er février 1989. Sous réserve de modifications mineures, on reconduisit le régime régissant l'exécution publique de la musique. La nouvelle Commission se vit attribuer deux autres domaines de compétence : la gestion collective de droits autres que le droit d'exécution d'œuvres musicales et l'octroi de licences pour l'utilisation d'œuvres publiées dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable. Plus tard la même année, la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis* confia à la Commission la tâche d'établir le montant des redevances à verser pour le nouveau régime de licence obligatoire visant les œuvres retransmises sur des signaux éloignés de radio et de télévision, ainsi que celle de répartir ces redevances.

Le projet de loi C-32 (Loi modifiant la *Loi sur le droit d'auteur*), dont la sanction royale a été donnée le 25 avril 1997, a fait en sorte que la Commission est également responsable de l'établissement de tarifs pour l'exécution publique et la communication au public par télécommunication d'enregistrements sonores d'œuvres musicales, pour le bénéfice des artistes-interprètes et des producteurs de ces enregistrements («les droits voisins»), de l'établissement de tarifs pour la copie pour usage privé d'œuvres musicales enregistrées, pour le bénéfice des titulaires de droits sur les œuvres, les prestations enregistrées et les enregistrements sonores («le régime de la copie privée») et de l'établissement de tarifs pour l'enregistrement d'émissions de radio et de télévision (*off-air taping*) et l'utilisation à des fins pédagogiques («les droits éducatifs»).

Les pouvoirs généraux de la Commission

La compétence de la Commission porte sur des aspects de fond et de procédure. Certains pouvoirs lui sont attribués dans la *Loi*, de façon expresse; d'autres lui sont reconnus implicitement par la jurisprudence.

Règle générale, la Commission tient des audiences. Elle peut aussi procéder par écrit pour éviter à un petit utilisateur les dépenses additionnelles qu'entraînerait la tenue d'audiences. On dispose aussi, sans audience, de certaines questions préliminaires ou intérimaires. Jusqu'à maintenant, la Commission n'a pas tenu d'audiences pour traiter d'une demande de licence d'utilisation d'une œuvre dont le titulaire

de droits d'auteur est introuvable. La Commission tient à ce que le processus d'examen de ces demandes reste simple. L'information pertinente est obtenue par écrit ou au moyen d'appels téléphoniques.

Les principes et contraintes qui influencent les décisions de la Commission

Plusieurs balises viennent encadrer le pouvoir d'appréciation de la Commission. La source de ces contraintes peut être externe : loi, règlements, décisions judiciaires. D'autres lignes de conduite sont établies par la Commission elle-même, dans ses décisions.

Les décisions de justice ont pour une large part défini le cadre juridique à l'intérieur duquel la Commission exerce son mandat. Pour la plupart, ces décisions portent sur des questions de procédure ou appliquent les principes généraux du droit administratif aux circonstances particulières de la Commission. Ceci dit, les tribunaux judiciaires ont aussi établi plusieurs principes de fond auxquels la Commission est soumise.

La Commission dispose aussi d'une mesure importante d'appréciation, particulièrement lorsqu'il s'agit de questions de fait ou d'opportunité. Dans ses décisions, la Commission a elle-même mis de l'avant certains principes directeurs. Ils ne lient pas la Commission. On peut les remettre en question à n'importe quel moment, et le fait pour la Commission de se considérer liée par ceux-ci constituerait une contrainte illégale de sa discrétion. Ces principes servent quand même de guide tant pour la Commission que pour ceux qui comparaissent devant elle. Sans eux, on ne saurait aspirer au minimum de cohérence essentiel à tout processus décisionnel.

Parmi les principes que la Commission a ainsi établis, certains des plus constants sont : la cohérence interne des tarifs pour l'exécution publique de la musique, les aspects pratiques, la facilité d'administration afin d'éviter, dans la mesure du possible, d'avoir recours à des structures tarifaires dont la gestion serait complexe, la recherche de pratiques non discriminatoires, l'usage relatif d'œuvres protégées, la prise en compte de la situation canadienne, la stabilité dans l'établissement de structures tarifaires afin d'éviter de causer un préjudice, ainsi que les comparaisons avec des marchés de substitution et avec des marchés étrangers.

Sommaire des domaines d'intervention de la Commission

En résumé, la Commission intervient dans les quatre domaines suivants (le mode de saisine de la Commission étant indiqué entre parenthèses) :

1. Droits d'auteur sur les œuvres

   - Exécution publique de la musique (dépôt de tarifs obligatoire);
   - Retransmission de signaux éloignés (dépôt de tarifs obligatoire);
   - Autres droits gérés collectivement (dépôt de tarifs optionnel);
   - Autres droits gérés collectivement (arbitrage des droits et modalités de licences, sur demande d'une société de gestion ou d'un utilisateur);
   - Octroi de licences d'utilisation, dans les cas où le titulaire du droit est introuvable (sur demande de l'utilisateur éventuel).

2. Droits d'auteur sur les prestations et les enregistrements sonores

   - Exécution publique de la musique enregistrée (dépôt de tarifs obligatoire);
   - Autres droits gérés collectivement (dépôt de tarifs optionnel);
   - Autres droits gérés collectivement (arbitrage des droits et modalités de licences, sur demande d'une société de gestion ou d'un utilisateur);
   - Octroi de licences d'utilisation, dans les cas où le titulaire du droit est introuvable (sur demande de l'utilisateur éventuel).

3. Copie privée des œuvres musicales enregistrées, des prestations enregistrées et des enregistrements sonores d'œuvres musicales

   - Reproduction pour usage privé (dépôt de tarifs obligatoire).

4. Enregistrement d'émissions de radio et de télévision (*off-air taping*) et utilisation à des fins pédagogiques (œuvres, prestations, enregistrements sonores et signaux de communication)

   - Reproduction et exécution publique (dépôt de tarifs obligatoire).

Mécanisme de dépôt et d'examen des tarifs

La *Loi sur le droit d'auteur* exige que la Commission homologue des tarifs dans les domaines suivants : l'exécution ou la communication publique d'œuvres musicales et d'enregistrements d'œuvres musicales, la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio, la reproduction d'émissions de radio et de télévision par les établissements d'enseignement et la copie privée. La *Loi* permet aussi à toute autre société de gestion de procéder par voie de tarif plutôt qu'au moyen d'ententes négociées à la pièce.

Le processus d'examen est toujours le même. La société de gestion intéressée doit déposer un projet de tarif (au plus tard le 31 mars précédant la date prévue pour sa prise d'effet) que la Commission fait paraître dans la *Gazette du Canada*. Les utilisateurs visés dans le projet (ou dans le cas de la copie privée, toute personne intéressée) ou leurs représentants peuvent s'opposer au projet dans les soixante jours de sa parution. La société de gestion et les opposants ont l'occasion de présenter leurs arguments lors d'une audience publique. Après enquête, la Commission homologue le tarif, le fait paraître dans la *Gazette du Canada* et fait connaître par écrit les motifs de sa décision.

RÉGIE INTERNE DE LA COMMISSION

Les commissaires sont nommés par le gouverneur en conseil à titre inamovible pour un mandat d'au plus cinq ans, renouvelable une seule fois.

La *Loi* précise que le président doit être un juge, en fonction ou à la retraite, d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou d'une cour de district. Celui-ci dirige les travaux de la Commission et répartit les tâches entre les commissaires.

La *Loi* désigne le vice-président comme le premier dirigeant de la Commission. À ce titre, il assure la direction de la Commission et contrôle la gestion de son personnel.

De gauche à droite
Stephen J. Callary, Brigitte Doucet, l'honorable juge John H. Gomery, Sylvie Charron et Andrew E. Fenus

Président

L'honorable John H. Gomery, juge de la Cour supérieure du Québec depuis 1982, a été nommé à temps partiel pour un mandat de trois ans débutant en mars 1999, renouvelé en mars 2002 pour trois ans additionnels. Avant d'accéder à la magistrature, monsieur le juge Gomery a exercé le droit au sein de l'étude Martineau Walker pendant 25 ans. Il a obtenu son baccalauréat de l'Université McGill en 1953 et son diplôme en droit en 1956. Il a été membre actif de l'Association du Barreau canadien à titre de secrétaire national de la Section du droit commercial, et a participé activement dans les comités du Barreau de Montréal, dont il fut conseiller pendant quelques années.

Vice-président et premier dirigeant

Stephen J. Callary a été nommé à temps plein en mai 1999 pour un mandat de cinq ans. Préalablement, M. Callary a agi à titre de Directeur général des firmes RES International et IPR International, à titre de Directeur exécutif de TIMEC – l'Institut de technologie pour les instruments

médicaux du Canada et à titre de Président des firmes Projets Sotech Limitée et Hemo-Stat Limitée. Il possède une expérience internationale imposante dans les domaines du transfert des technologies, du droit d'auteur et des brevets pour les logiciels et de la négociation de licences de droits de propriété intellectuelle. De 1976 à 1980, M. Callary a travaillé au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), au Bureau du Conseil privé (BCP) et au Bureau des relations fédérale-provinciales (BRFP). Il est diplômé de l'Université de Montréal (Collège Loyola) et de l'Université McGill, où il a fait ses études de droit. Il a été admis au Barreau du Québec en 1973 et a poursuivi des études en droit international privé visant le Dr.jur. à l'Université de Cologne en Allemagne.

Commissaires

Me Sylvie Charron a été nommée commissaire à temps plein en mai 1999 pour un mandat de cinq ans. Me Charron était professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa (section *common law* en français) et experte-conseil en radiodiffusion, en télécommunications et en droit d'auteur. Avant d'entamer ses études de droit, elle a œuvré pendant 15 ans au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC). Me Charron est diplômée de l'Université d'Ottawa (B.Sc. en biologie en 1974, M.B.A. en 1981 et LL.B. – avec grande distinction en 1992). Me Charron est membre de l'Association canadienne des professeurs de droit, de l'Association des juristes d'expression française de l'Ontario (AJEFO), du Conseil des tribunaux administratifs canadiens, ancienne vice-présidente de l'Association des femmes en communications (chapitre d'Ottawa) et ancienne directrice générale du Conseil des doyens et doyennes des facultés de droit du Canada.

Me Brigitte Doucet a été nommée commissaire à temps plein en novembre 2001 pour un mandat de cinq ans. Depuis octobre 1999, Me Doucet occupait le poste d'avocate-conseillère en relations de travail à l'Association des producteurs de films et de télévision du Québec. Elle a également œuvré dans les domaines du droit d'auteur et de la musique, ainsi qu'en droit des affaires. De plus, elle a enseigné à l'Institut Trebas dans le cadre du programme Les affaires de la musique. Avant d'entreprendre ses études de droit, Me Doucet a été conseillère en informatique pendant plus de huit ans. Me Doucet est diplômée de l'Université de Montréal (LL.B. en 1993).

Andrew E. Fenus, MCIArb, C. Arb., a été nommé commissaire à temps plein en juillet 1994. Son mandat a été reconduit en 1999 pour cinq ans. Il était commissaire et arbitre provincial à la Commission de révision des loyers de l'Ontario de 1988 à 1994 où il occupait le poste de membre supérieur pour la région de l'Est. Monsieur Fenus est membre de *The Chartered Institute of Arbitrators* et est un arbitre agréé de l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada. Il est diplômé de l'Université Queen's (B.A. Hon. en 1972 et maîtrise en administration publique en 1977) et de l'Université McGill (maîtrise en bibliothéconomie en 1974).

Note : Des renseignements détaillés concernant les ressources de la Commission, y compris son budget des dépenses, figurent dans son Rapport sur les plans et priorités pour 2004-2005 (Partie III du Budget des dépenses) et dans son Rapport de rendement pour 2003-2004. Ces documents sont ou seront sous peu disponibles sur le site Web de la Commission (www.cda-cb.gc.ca).

EXÉCUTION PUBLIQUE DE LA MUSIQUE

Arrière-plan

Le régime prévu aux articles 67 et suivants de la *Loi* s'applique à l'exécution publique ou la communication au public par télécommunication de la musique. La musique fait l'objet d'une exécution publique lorsqu'elle est chantée ou jouée dans un endroit public, soit dans une salle de concert, un restaurant, un stade de hockey, sur la place publique ou ailleurs. La musique est communiquée au public par télécommunication lorsqu'elle est transmise à la radio, à la télévision ou sur l'Internet. Les sociétés de gestion perçoivent auprès des utilisateurs les redevances prévues dans les tarifs homologués par la Commission.

Audiences

Trois audiences ont eu lieu en 2003-2004. La première, tenue en avril et mai 2003, portait sur les redevances à percevoir par la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) sous le tarif 2.A (Stations de télévision commerciales) et le tarif 17 (Services de télévision spécialisés et de télévision payante). La seconde, tenue en juin 2003, portait sur le tarif 18 (Musique enregistrée à des fins de danse) de la SOCAN. Enfin, la troisième, tenue aussi en juin 2003, portait sur une question de compétence au sujet du tarif 4 (Concerts) de la SOCAN.

Décisions de la Commission

La Commission a rendu trois décisions en 2003-2004. La première, rendue le 19 mars 2004, homologuait plusieurs tarifs de la SOCAN pour la période 1998 à 2007. Les motifs de cette décision ont été émis après le 31 mars 2004 et seront rapportés dans le prochain rapport annuel de la Commission. La deuxième, rendue aussi le 19 mars 2004, visait le tarif 2.A (Stations de télévision commerciales) de la SOCAN pour les années 1998 à 2004, et le tarif 17 (Services de télévision spécialisés et de télévision payante) pour les années 2001 à 2004. La dernière, rendue le 23 mars 2003, portait sur une question de compétence au sujet du tarif 4 (Concerts) de la SOCAN.

EXÉCUTION PUBLIQUE D'ŒUVRES MUSICALES 1998 À 2007

Le 19 mars 2004, la Commission homologuait les tarifs suivants de la SOCAN pour les années en question :

- Tarif 12.B (1998-2003)
- Tarifs 18, 20 (1998-2004)
- Tarif 2.C (1998-2007)
- Tarifs 3.A, 3.B, 5.A, 7, 8, 10, 13.A, 15.A (1999-2004)
- Tarif 1.A (2000-2002)
- Tarifs 1.B, 2.B, 3.C, 11, 12.A, 13.B, 13.C, 14, 15.B, 21 (2000-2004)
- Tarif 4.B.2 (2003-2007)
- Tarif 6 (2004)

Les motifs de la décision ont été émis après le 31 mars 2004.

Tarifs 2.A (stations de télévision commerciales) et 17 (services de télévision spécialisés et de télévision payante) de la SOCAN

Le tarif 2.A vise la télévision commerciale conventionnelle. Il est fonction d'un pourcentage des revenus depuis 1959. Le 30 janvier 1998, la Commission avait réduit le taux applicable de 2,1 à 1,8 pour cent et créait une licence générale modifiée (LGM) permettant aux stations de soustraire certaines émissions à la licence générale traditionnelle. La SOCAN demandait que le taux passe à 2,1 pour cent de 1998 à 2003 et jusqu'à 3,1 pour cent en 2004, et que la LGM soit abolie ou son incidence financière fortement réduite. L'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR) s'est opposée à cette demande, demandant plutôt une réduction du taux à 1,4 pour cent, le maintien de la LGM et un assouplissement de ses conditions.

Le tarif 17 s'applique à la télévision spécialisée et payante, soit les signaux offerts uniquement par l'intermédiaire d'un transmetteur (habituellement le câble ou un satellite). Il remonte à 1990. Les redevances étaient établies en cents, par abonné, par mois, pour l'ensemble des services spécialisés canadiens et en pourcentage des revenus d'abonnement pour les autres services. Les systèmes desservant au plus 6000 abonnés ne payaient pas le plein montant. En 2000, le plein tarif était de 15,5¢ par abonné, par mois, pour les services faisant partie du portefeuille et de 1,8 pour cent pour les autres. La SOCAN demandait que le taux passe de 1,78 pour cent en 2001 à 2,6 pour cent en 2004 et que les revenus des transmetteurs (EDR) soient inclus dans l'assiette tarifaire. Elle ne voulait pas qu'on étende la LGM au tarif 17 même si on la maintenait dans le tarif 2.A. Ceux qui produisent (les services) ou distribuent (les EDR) ces signaux se sont opposés. Ils demandaient que le taux des deux tarifs soit le même, qu'il soit réduit et que l'accès à la LGM leur soit disponible. Certains ont demandé l'étagement du tarif soit en fonction de quatre «genres» de services, soit d'une façon qui soit semblable à ce qui existe pour la radio commerciale.

Les deux affaires ont été entendues en même temps sur une période de 16 jours.

L'abandon de la formule du portefeuille : Après avoir entendu la preuve principale de la SOCAN, la Commission a annoncé son intention d'abandonner la formule du portefeuille en faveur d'un taux par signal. La Commission a estimé que cette modification s'imposait, si ce n'est qu'à cause de l'apparition des volets numériques et de l'importance considérablement accrue des transmetteurs par satellite. Les motifs ayant poussé la Commission à recourir au portefeuille au départ n'existaient tout simplement plus.

Un taux unique : La Commission a réitéré que la télévision conventionnelle et la télévision spécialisée et payante font partie d'une seule et même industrie qui devrait payer le même prix pour les droits d'exécution de musique. On renforcerait cette corrélation en exprimant les deux tarifs en pourcentage d'une assiette tarifaire.

Le taux de départ : La Commission a utilisé le tarif 2.A comme point de départ, tout en ajoutant que la croissance des revenus des services spécialisés pourrait rendre inopportune cette façon de procéder à l'avenir. Au soutien d'une augmentation du taux, la SOCAN a prétendu que la décision de 1998 était fondée sur de fausses prémisses et que le taux actuel ne rend pas pleinement compte de la valeur des droits d'exécution pour la télévision. Pour sa part, l'ACR soutenait entre autres que le taux avait eu tendance à diminuer au cours des années et que les pressions exercées par la concurrence n'avaient cessé de croître. L'Association canadienne de télévision par câble (ACTC) ajoutait que les redevances

payables en vertu du tarif 17 croissaient à un rythme très élevé et étaient de plus en plus démesurées par rapport aux redevances versées pour la retransmission de signaux éloignés. La Commission a conclu qu'elle ne disposait pas de suffisamment de preuve pour lui permettre d'évaluer la vraie valeur de la musique dans l'industrie de la télévision. Elle a choisi d'accorder une augmentation modeste tout en disant s'attendre à ce que, dans de futures instances, une plus grande attention soit portée à cette question. Dans le but de maintenir l'équilibre entre les deux secteurs de l'industrie, elle a maintenu le taux du tarif 2.A à 1,8 pour cent jusqu'en 2001 et l'a porté à 1,9 pour cent pour 2002, 2003 et 2004. Le taux du tarif 17 a été établi à 1,78 pour cent pour 2001 et porté à 1,9 pour cent pour 2002, 2003 et 2004. La Commission a choisi de ne pas tenir compte des tendances historiques, a jugé non pertinente l'analyse de la demande dérivée mise de l'avant par la SOCAN et a noté que les défis posés par la concurrence n'avaient pas empêché l'industrie de réaliser des profits intéressants. Elle a rejeté l'argument voulant que les redevances payables en vertu du tarif 17 augmentaient de façon disproportionnée par rapport aux revenus des EDR et a rejeté comme étant trop complexe pour être utile la comparaison avec le tarif de la retransmission.

L'assiette tarifaire : Tous s'entendaient pour dire que les revenus bruts du diffuseur devraient constituer l'assiette du tarif 2.A. La définition de «revenus bruts» a été modifiée afin d'assurer que des redevances sont versées à l'égard de toutes les recettes générées par la diffusion d'une émission. La SOCAN demandait par ailleurs que le tarif 17 tienne compte des revenus des EDR en plus des revenus d'abonnement et de publicité des services. Pour les motifs qu'elle avait exprimés dans sa première décision portant sur le tarif 17, la Commission a encore conclu que les revenus des services constituent l'assiette tarifaire appropriée.

L'étagement du tarif : Si dans leur ensemble, les services spécialisés et payants utilisent à peu près autant de musique, en moyenne, que les diffuseurs conventionnels, certains en utilisent beaucoup plus. Pour ce motif, certains opposants demandaient que le tarif 17 comporte plusieurs volets. Les premiers voulaient que les services d'intérêt général paient le même taux que les stations conventionnelles, les services de musique paient davantage, les services de sports moins et les services d'information, encore moins. D'autres voulaient que tout comme pour la radio commerciale, les services qui utilisent de la musique moins de 20 pour cent de leur temps d'antenne paient moins. La SOCAN s'est opposée à toute forme d'étagement. La Commission a conclu que l'étagement par genre n'est pas pratique et pourrait s'avérer inéquitable, entre autres parce que l'étagement se fonde sur les habitudes antérieures de consommation de musique dans un marché qui évolue rapidement. Elle a plutôt opté pour un taux pour faible utilisation de musique s'inspirant du tarif pour la radio commerciale. C'est une formule éprouvée, dont le fardeau administratif retombe pour l'essentiel sur ceux qui en bénéficient. Elle reflète non seulement l'utilisation réelle du répertoire de la SOCAN, mais ses fluctuations au fil du temps. La Commission a refusé pour le moment d'établir un taux plus élevé pour ceux qui utilisent bien davantage le répertoire de la SOCAN. Entre autres la surveillance d'un taux majoré suscite des difficultés d'une ampleur différente de la surveillance d'un taux pour faible utilisation.

Escomptes : Le tarif 17 comportait certains escomptes visant à tenir compte de la nature du taux-portefeuille et de son incapacité de composer avec les variations dans la nature ou la composition du portefeuille d'un système à l'autre. La pertinence de ces escomptes s'est estompée avec l'adoption d'un taux par service. Si le marché des droits d'affiliation fonctionne adéquatement, il tiendra compte des facteurs (type de locaux, langue du marché, taille du système) qui peuvent avoir une influence sur le prix à payer pour les services, réduisant ainsi l'assiette tarifaire et, partant, le montant des redevances.

La LGM : La Commission a dû déterminer si la LGM est légale, si elle devait être maintenue et dans l'affirmative, s'il fallait la modifier, et si on devait l'offrir aux chaînes spécialisées et payantes. La SOCAN a soutenu que la LGM va à l'encontre des objets de la *Loi*, des valeurs fondamentales de la société canadienne et des principes de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel fédérale avait déjà statué que la LGM est conforme aux objets sous-jacents de la *Loi*. L'argument voulant que la LGM soit contraire aux principes de la *Charte* ou aux valeurs fondamentales de la société canadienne était fondé sur deux propositions incorrectes. La première est que la gestion collective est devenue un droit fondamental des auteurs. La gestion collective est l'un des outils privilégiés pour régler les questions de droit d'auteur; cela n'en fait pas pour autant l'outil par excellence dans tous les cas. Dans le régime SOCAN, la gestion collective n'est ni encouragée ni imposée; elle est simplement rendue possible. La seconde est que la LGM lèse les droits des auteurs dans le contexte du régime SOCAN. Cet argument repose en partie sur la fausse présomption selon laquelle la LGM vise à soustraire la fixation des redevances au processus de gestion collective pour la retourner au propriétaire individuel du droit d'auteur. La LGM vise simplement à rendre disponible une option permettant les transactions individuelles.

La SOCAN demandait l'abolition de la LGM parce qu'elle est incompatible avec la notion de licence générale, favorise l'inefficacité, entraîne des réductions non justifiées de redevances et permet aux diffuseurs de tirer injustement partie de leur position dominante sur le marché. Elle s'est aussi plainte du fait que les diffuseurs utilisent souvent de la musique nécessitant une licence de la SOCAN dans des émissions pour lesquelles ils demandent la LGM. La Commission a conclu qu'il serait prématuré de mettre fin à la LGM. La LGM n'est pas incompatible avec la notion de licence générale, puisqu'elle en est une. Rien au dossier ne prouvait qu'elle est inefficace ou injuste en soi ou dans son application actuelle. La preuve de concentration des marchés était sans fondement; celle relative aux effets de la LGM sur les contrats conclus entre compositeurs et diffuseurs demeurait anecdotique. Le tarif tenait déjà compte de l'utilisation abusive de la licence : la SOCAN n'a qu'à demander le paiement du plein tarif. Les compositeurs et les diffuseurs n'avaient eu qu'un nombre limité d'occasions d'en faire l'expérience concrète. Cela dit, seul l'avenir nous dira si la LGM pourra survivre à plus long terme.

Les raisons militant en faveur du maintien de la LGM justifiaient aussi qu'on la change le moins possible. La Commission a refusé d'en modifier les modalités, à deux exceptions près. Premièrement, la LGM ne sera disponible que pour les productions internes des diffuseurs, ce qui permettra entre autres aux compositeurs de rétablir tout déséquilibre apparent au moyen de la négociation collective. Deuxièmement, les réclamations fautives seront d'autant plus découragées qu'il faudra payer le plein tarif pour la programmation en question sans pouvoir demander un crédit pour les surcharges versées au titre de l'émission délinquante.

La Commission a convenu que les chaînes spécialisées et payantes devraient avoir accès à la LGM selon les mêmes modalités que les diffuseurs conventionnels. Cela s'inscrit dans la même ligne que la conclusion de la Commission selon laquelle il faut traiter les deux secteurs de l'industrie de la même façon et ce, malgré le fait que cette mesure soulève des questions de mise en œuvre dont il a fallu traiter dans le tarif.

Questions de mise en œuvre : Les changements intervenus au tarif 17 faisaient en sorte que l'EDR, la cible de choix de la SOCAN pour la perception du tarif, n'avait pas tous les renseignements dont elle avait besoin (par exemple, les revenus publicitaires des services) pour calculer combien verser à la SOCAN. Un tarif permettant l'échange efficace de renseignements devrait suffire à surmonter cet

obstacle. La Commission a admis que le succès du nouveau tarif dépendra en grande partie de la capacité des participants à partager l'information en temps voulu. Des participants ont aussi soulevé certaines craintes qui découlent inéluctablement du fait que la Cour d'appel fédérale a statué que la Commission est incapable de départager la responsabilité des débiteurs solidaires. Ainsi, la Commission a conclu que le tarif ne peut imposer des arrangements entre codébiteurs ou encore dicter la durée de ces arrangements. Ces questions relèvent des intéressés et des tribunaux civils, pas de la Commission.

Les services spécialisés américains : La Commission a maintenu les seuls paiements d'affiliation comme assiette tarifaire des redevances versées au titre de ces services, tout en ajoutant qu'il faudrait le plus tôt possible réexaminer l'hypothèse sous-jacente voulant que ces services ne reçoivent aucun revenu publicitaire du marché canadien.

Les petits systèmes de transmission par fil : Le taux préférentiel auquel ces systèmes ont droit a été maintenu à 10 $ par année puisque personne ne cherchait à le changer. Cela dit, la Commission a réitéré que lorsqu'un tarif est fixé en fonction d'un pourcentage de l'assiette tarifaire, il est plus simple et plus juste d'accorder la préférence nécessaire en donnant un escompte sur le taux principal. L'ACTC demandait que la définition de «petit système de transmission par fil» soit modifiée pour tenir compte de l'*Ordonnance d'exemption pour les petites entreprises de câblodistribution* émise en décembre 2001 par le CRTC. La Commission avait agi ainsi dans des instances antérieures, s'agissant d'une solution pratique à un problème pratique qui, par sa nature même, devait être temporaire : tout le monde s'attendait à ce que le Règlement définissant ce qui est un petit système soit modifié en fonction de l'ordonnance d'exemption. La modification prévue se fait encore attendre. La Commission s'est demandée si elle avait le pouvoir de procéder ainsi. Elle a aussi noté que par le passé, elle traitait de la même façon les utilisateurs bénéficiant d'un traitement préférentiel et ceux qui présentent un profil très semblable à ceux-là. Elle a appliqué le même raisonnement dans la présente affaire.

Montant des redevances : La Commission a évalué à environ 28 millions de dollars les redevances payables en vertu du tarif 2.A en 2002. Elle a estimé à environ 2 millions de dollars la réduction de redevances que la LGM a générée durant cette année. Elle a évalué à au moins 22,9 millions de dollars les redevances payables en vertu du tarif 17 en 2002. Utilisant 2002 comme année de base, la Commission a estimé que la hausse des tarifs 2.A et 17, de même que l'élimination des escomptes, devraient générer des redevances additionnelles pour la SOCAN d'environ 6,6 millions de dollars.

Neutralité des revenus : La Commission a conclu que la préoccupation de la SOCAN relativement à cette question était déplacée. Cela suppose que, d'une façon ou d'une autre, le tarif à un seul taux aurait généré précisément le montant de redevances nécessaire pour indemniser équitablement la SOCAN. Qui plus est, l'élimination des escomptes devrait entraîner une augmentation et non une diminution des revenus de la SOCAN.

Tarif 4 (Concerts) de la SOCAN – Question de compétence

Maple Leaf Sports & Entertainment Ltd. (MLSE) s'est opposée au projet de tarif concerts de la SOCAN pour 2003 au motif, entre autres, que la Commission ne peut homologuer conformément aux articles 67 à 68.2 de la *Loi* (le régime SOCAN) un tarif visant le droit d'autoriser l'exécution publique d'œuvres musicales. Cette question de compétence a été entendue à titre de question préliminaire le 19 juin 2003. Le 26 mars 2004, la Commission rejetait ce motif d'opposition.

Les droits exclusifs du titulaire du droit d'auteur comprennent le droit d'exécuter en public une œuvre musicale, le droit de la communiquer au public par télécommunication et le droit d'autoriser ces actes. Le droit d'autoriser un acte protégé est distinct du droit d'accomplir cet acte. Chaque droit peut être cédé séparément. Chacun donne lieu à une cause d'action distincte.

Le régime SOCAN traite de la gestion collective du droit d'exécution publique et de communication des œuvres musicales. Ces dispositions ne mentionnent pas le droit d'autorisation. MLSE a soutenu que, par conséquent, la Commission ne peut homologuer un projet de tarif visant ce droit déposé en vertu de ce régime. De son côté, la SOCAN a fait valoir que l'octroi de licences est fondamentalement l'octroi d'autorisations d'exécuter ou de communiquer et que le droit d'autorisation est donc compris, de manière implicite, dans la portée de ces dispositions.

La *Loi* établit quatre régimes de réglementation de la gestion collective du droit d'auteur. Le régime SOCAN prévoit le dépôt obligatoire de tarifs. La retransmission d'œuvres par signal de radio ou de télévision est assujettie à un régime de licence obligatoire faisant nécessairement intervenir une ou plusieurs sociétés de gestion; ce régime s'applique aussi à la confection et l'utilisation de copies d'émissions par des établissements d'enseignement. Les supports audio vierges sont assujettis à une redevance pour la copie privée établie selon un régime très semblable au régime de la retransmission. Toutes les autres sociétés de gestion qui administrent l'octroi de licences sont assujetties au régime général. Elles ont le choix de conclure des ententes avec les utilisateurs individuels ou de déposer des projets de tarifs. Dans le premier scénario, la Commission intervient sur demande, dans le cas où une société et un utilisateur n'arrivent pas à s'entendre sur les modalités d'une licence. Dans le second, le processus d'examen et d'homologation des tarifs est identique à celui des régimes particuliers.

Il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. L'objet du régime SOCAN est de créer un moyen par lequel une société de gestion est autorisée à percevoir des redevances fixées par un tarif homologué par la Commission. Comme le droit d'autorisation est compris dans ceux que gère la SOCAN, il pourrait en toute logique être visé dans les projets de tarifs qu'elle dépose en vertu du régime SOCAN.

On semble avoir tendance à confondre le droit d'autorisation avec quelque chose d'autre. Cette confusion naît du fait que le verbe «autoriser» possède au moins deux sens dans la *Loi*. Le premier implique l'octroi d'une permission. Le second vise une façon protégée d'utiliser l'œuvre. Chacun implique l'octroi d'une permission, mais seul le second met en cause le droit d'autoriser au sens où l'entend la *Loi*. Bien qu'il ait sa propre existence, le droit d'autoriser est de nature différente puisqu'il est directement lié à l'acte qui est autorisé. Par exemple, le droit d'exécution publique peut exister sans que le droit de communication soit protégé, mais le droit d'autoriser une communication ne peut exister si le droit de communication ne l'est pas.

La Commission n'a pas retenu l'argument de MLSE voulant qu'un tarif visant le droit d'autoriser doive être déposé non pas en vertu du régime SOCAN, mais en vertu du régime général. Sauf le régime général, les régimes régissant la gestion collective ne mentionnent pas le droit d'autorisation. Les régimes spécifiques sont plus ciblés et plus exigeants en matière de dépôt de projets de tarifs et de protection des utilisateurs. Si la Commission acceptait l'argument de MLSE, les sociétés seraient en mesure de modifier le degré de protection réglementaire en octroyant des licences visant le droit d'autorisation plutôt que l'acte lui-même.

Le même raisonnement s'appliquerait aux autres dispositions de la *Loi*. Toute disposition qui crée une protection à l'égard d'un acte protège également le droit d'autoriser cet acte. Par contre, peu de dispositions nuançant, limitant ou réglementant la protection d'un acte mentionnent le droit d'autoriser cet acte. Si MLSE a raison, chaque fois qu'un acte est nuancé, limité ou réglementé, le droit d'autoriser cet acte ne l'est pas. Une telle interprétation irait à l'encontre de l'objet des régimes de réglementation qu'administre la Commission. La seule manière d'éviter cet écueil est d'interpréter toute mention du droit d'accomplir un acte comme visant aussi le droit d'autoriser l'acte.

MLSE s'inquiétait que la SOCAN puisse intenter une action pour violation du droit d'autorisation sans avoir déposé de tarif à cet effet ou que de telles procédures puissent être engagées même si les redevances afférentes au droit d'exécution en public avaient déjà été acquittées. La Commission a conclu que ces craintes étaient sans fondement. Si le régime SOCAN régit le droit d'autorisation de façon implicite, il en est de même de toutes les modalités afférentes à ce régime. En outre, il serait illogique d'imposer une responsabilité à la personne qui avalise un acte déjà dûment autorisé. La personne qui a obtenu le droit d'autoriser une prestation protège l'exécutant contre toute responsabilité; celle qui aurait besoin d'une licence à l'égard du droit d'autorisation n'en a plus besoin si l'exécutant est déjà titulaire d'une licence d'exécution.

La Commission a aussi traité de certaines autres questions soulevées dans l'argumentation des participants. Elle a entre autres conclu qu'un titulaire peut transiger séparément le droit d'exécution et le droit d'autorisation, et ce malgré que le fait d'agir à l'égard d'un droit puisse empêcher d'agir à l'égard de l'autre, étant donné la relation qui existe entre les deux. Elle a aussi précisé qu'une société de gestion exerçant son activité dans le cadre du régime SOCAN ne peut obtenir de tarif que pour le répertoire qu'elle administre effectivement.

RETRANSMISSION DE SIGNAUX ÉLOIGNÉS

Arrière-plan

La *Loi* prévoit le versement de redevances par les câblodistributeurs et autres retransmetteurs pour la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio. La Commission fixe le montant de ces redevances et les répartit entre les sociétés de gestion représentant les titulaires de droits d'auteur dans les œuvres ainsi retransmises.

Décision de la Commission

Le 22 décembre 2003, à la demande de toutes les sociétés de gestion intéressées, la Commission rendait une décision prolongeant de façon indéfinie et à titre provisoire, l'application du *Tarif sur la retransmission de signaux de télévision, 2001-2003* et du *Tarif sur la retransmission de signaux de radio, 2001-2003*. Ces tarifs continueront de s'appliquer jusqu'à l'homologation des tarifs définitifs pour la période débutant le 1er janvier 2004, à moins qu'ils ne soient modifiés entre-temps.

Certains changements mineurs ont été apportés au tarif, notamment pour refléter des modifications au *Règlement sur la définition de signal local et signal éloigné* qui sont entrées en vigueur le 1er janvier 2004.

Réclamations de non-membres : requête de la Société des auteurs de radio, télévision et cinéma (SARTEC)

Le 19 décembre 2003, conformément au paragraphe 76(1) de la *Loi*, la Commission désignait l'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens (CBRA) comme étant la société de gestion auprès de laquelle les titulaires non représentés de droits sur des textes écrits dans le cadre des conventions gérées par la SARTEC et ayant servi à la production d'émissions de télévision par le Groupe TVA inc. ou ses filiales pourraient réclamer le paiement de redevances pour les retransmissions effectuées à partir de 1998.

La SARTEC avait déposé plusieurs demandes de désignation. La section de première instance de la Cour fédérale a rejeté pour délai un recours en jugement déclaratoire mettant en cause le droit des membres de la SARTEC de recevoir une part des redevances. La SARTEC a retiré la plupart de ses demandes. La Commission est restée saisie de demandes concernant la production d'émissions de télévision par le Groupe TVA inc. ou ses sociétés affiliées. Le 1er décembre 2003, se prévalant de son pouvoir de procéder d'office dans ces matières, la Commission avisait les parties qu'elle entendait examiner la possibilité de procéder à une désignation pour une période indéterminée.

La Commission a procédé à cette désignation pour des motifs similaires à ceux exprimés dans une affaire antérieure portant sur des questions identiques (voir Rapport annuel 1998-1999 de la Commission). Comme la pertinence de la désignation de la CBRA à l'égard des émissions produites par le Groupe TVA inc. découlait uniquement de l'adhésion ou non du groupe à la société, la Commission a prévu que la désignation resterait en vigueur jusqu'à ce que la CBRA avise la SARTEC que le Groupe TVA inc. n'est plus membre de la CBRA. De cette façon, la désignation produirait ses effets tant et aussi longtemps qu'elle serait pertinente tout en prenant en compte l'effet d'une éventuelle désaffiliation du groupe concerné de producteurs.

COPIE POUR USAGE PRIVÉ

Arrière-plan

Le régime de copie privée permet la copie pour usage privé d'enregistrements sonores d'œuvres musicales (la «copie privée»). En échange, on exige de ceux qui importent ou fabriquent des supports habituellement utilisés pour faire de la copie privée qu'ils versent une redevance sur chacun de ces supports. La Commission fixe le montant de la redevance et désigne l'unique société de perception à laquelle ces montants sont versés. Les redevances sont versées à la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP), au bénéfice des auteurs, artistes-interprètes et producteurs éligibles.

Le régime est universel; tous les importateurs et fabricants paient la redevance. Cependant, pour tenir compte du fait que plusieurs supports servent à autre chose que la copie privée, la redevance est diminuée proportionnellement pour refléter ces autres utilisations des supports.

La redevance pour la copie privée est versée uniquement au titre du droit de reproduction de l'enregistrement sonore et des autres objets de droit d'auteur sous-jacents. À cet égard, il est important de garder à l'esprit la différence entre le produit fini (le CD sur lequel la musique a été enregistrée) et chacun des éléments ayant servi à confectionner ce produit (support vierge, droit de reproduction, graveur CD, travail du copiste, etc.).

Décisions de la Commission

Le 12 décembre 2003, la Commission homologuait le tarif de copie privée pour les années 2003 et 2004. Le tarif homologué remplaçait un tarif provisoire prolongeant l'application du tarif pour 2002, qui établissait les redevances à 29¢ pour les cassettes audio, à 21¢ pour les CD-R et les CD-RW, et à 77¢ pour les CD-R et CD-RW Audio et les MiniDisc.

La Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP) demandait, pour les années 2003-2004, 51¢ par cassette audio, 59¢ par CD-R de 100 mégaoctets (Mo) ou plus, 49¢ par CD-RW de 100 Mo ou plus, 1,15 $ par CD-R Audio, CD-RW Audio ou MiniDisc, et 65¢ par DVD vierge. Pour les cartes de mémoire électronique et disques durs amovibles ou non, la SCPCP demandait entre 0,193¢ et 1,08¢ par Mo.

La Commission a reçu quelque 1500 lettres de commentaires en plus de bon nombre d'oppositions formelles. Au moment où l'audience a débuté, les oppositions se résumaient à ce qui suit. Premièrement, le régime de copie privée est inconstitutionnel. Deuxièmement, les montants demandés sont trop élevés. Troisièmement, certains supports ne devraient pas être assujettis à une redevance. Quatrièmement, le programme d'exonération de la SCPCP (expliqué plus loin) est défaillant et illégal; il ne devrait pas en être tenu compte dans l'établissement des redevances ou encore, devrait être incorporé au tarif et élargi.

L'affaire a nécessité douze jours d'audience.

Avant de procéder à l'analyse des questions pertinentes, la Commission s'est penchée sur quatre domaines méritant, selon elle, un examen détaillé.

En ce qui concerne l'*évolution de la technologie*, la copie privée ne se fait plus tant sur cassette audio que sur CD vierge. De nouveaux supports tels les DVD enregistrables et réinscriptibles continuent d'être mis sur le marché. Comme on s'y attendait, la popularité des fichiers musicaux MP3 continue de grandir, tout comme l'utilisation de lecteurs MP3. Les mesures de protection technologiques (MPT) et les systèmes électroniques de gestion du droit d'auteur (SEGDA) commencent à être utilisés pour gérer la distribution, l'utilisation et l'accessibilité d'œuvres musicales et autres contenus mais ne sont toujours pas pleinement exploités.

En ce qui concerne les *habitudes en matière de copie privée*, Internet constitue désormais une source dominante. Les CD préenregistrés représentent une importante deuxième source, et on fait encore quelques copies à partir de la radio ou d'autres sources. Près de la moitié de toutes les pièces copiées proviennent d'Internet, et encore davantage sont faites à l'aide d'un ordinateur personnel. Une proportion croissante, quoique modeste, des pistes téléchargées à partir d'Internet comportent le droit d'en faire des copies privées et ce, bien que les réseaux entre pairs, tel que Kazaa, demeurent la source principale de téléchargements.

La preuve portant sur la *taille du marché canadien des supports audio vierges* comportait des incohérences significatives. Ni la taille des marchés des supports vierges, ni la proportion de la consommation des individus n'ont pu être établies de manière fiable. Les chiffres de ventes de CD-R fluctuaient entre 90 millions et près d'un quart de milliard d'unités. Les tendances au niveau des prix

ont par contre suscité peu de débats. Le prix des cassettes audio est demeuré stable et celui de tous les types de supports vierges a fléchi.

Le programme d'exonération est un mécanisme, mis au point et géré volontairement par la SCPCP, permettant à divers groupes d'acheter des supports directement de fabricants, d'importateurs ou de distributeurs accrédités sans payer de redevance. Le *programme élargi d'exonération de la SCPCP* a soulevé des questions importantes dans cette instance et ce même si la SCPCP avait annoncé son intention d'en étendre considérablement le champ d'application.

La légalité de la copie privée

Avant le 19 mars 1998, le fait de reproduire un enregistrement sonore à des fins privées violait le droit d'auteur, mais les titulaires étaient incapables d'empêcher ou d'autoriser la copie privée. Ce jour-là, la *Loi* légalisait la copie privée de musique sur support audio. La Commission a commenté plusieurs nuances du régime de copie privée et, en particulier, sa pertinence pour les réseaux de distribution entre pairs, l'application d'exemptions liées à des cas d'utilisation équitable et d'autres questions. Suivent certains des constats que la Commission a faits.

Premièrement, la copie privée doit être une copie pour l'usage privé de la personne qui la fait. La copie qu'on fait pour la donner à un ami n'est pas une copie privée, pas plus que celle qu'on rend disponible en ligne. Deuxièmement, la source servant à faire la copie n'importe pas : on peut faire une copie privée légale à partir d'une copie-source non autorisée. Troisièmement, ce sur quoi on fait la copie importe : il faut utiliser un support audio tel que défini à l'article 79. Cela dit, un support audio reste un support audio même si personne n'a demandé qu'il soit assujetti à une redevance : ainsi, le disque dur d'ordinateur est peut-être un support audio malgré le fait que la SCPCP n'a pas cherché à percevoir de redevances sur ce type de support. Quatrièmement, les utilisations équitables qui auraient pu exister par le passé sont désormais intégrées au régime de copie privée et ces copies devraient être prises en compte dans l'établissement du tarif.

Programme d'exonération de la redevance : questions juridictionnelles

Une redevance est exigible sur tout support audio vierge fabriqué ou importé au Canada à des fins commerciales. Certains pensent que le régime ne peut survivre dans sa forme actuelle si aucun répit n'est accordé à ceux qui ne font pas de copie privée. La Commission a rejeté ce point de vue. La partie VIII prévoit une exception, visant les personnes ayant une déficience perceptuelle. Le gouverneur en conseil dispose de pouvoirs réglementaires qu'il n'a pas exercés. La *Loi* ne fournit pas à la Commission les moyens lui permettant d'accommoder les personnes qui n'utilisent pas des supports vierges pour copier de la musique. Il ne revient pas à la Commission ou à la SCPCP de se substituer au législateur en sous-entendant d'autres exemptions.

La SCPCP a, de son propre chef, exonéré certaines transactions. On a soulevé des préoccupations de principe ou pratique au sujet du programme : fardeau administratif, accès limité, frais de participation, distorsions de marchés, manque de surveillance, etc. La Commission a concentré son attention sur la légalité du programme. Des arguments valables militent en faveur de l'exonération pour les entreprises et institutions qui ne peuvent se livrer à la copie privée (mais pas pour les consommateurs qui bénéficient tous d'une option de faire de la copie privée). Cela dit, la Commission n'a pas le pouvoir d'exempter ceux qui, aux termes de la *Loi*, sont tenus de payer une redevance. Sous sa forme actuelle,

le programme d'exonération crée des exemptions. Pour toutes ces raisons, le programme est sans fondement juridique, sans fondement législatif, et donc illégal. La Commission a par ailleurs exprimé de sérieuses réserves sur l'équité et l'impact du projet de mise en œuvre du programme élargi de la SCPCP.

Questions d'ordre constitutionnel

Tout comme en 1999, on a soutenu que le régime de copie privée ne relève pas du droit d'auteur ou est une taxe adoptée sans égard aux règles de procédure appropriées. Bien qu'on ne l'ait pas convaincue que les arguments avancés soient véritablement nouveaux, la Commission a voulu formuler certains commentaires additionnels.

L'élément prédominant du régime relève du droit d'auteur. Le régime existe parce que le droit de reproduction existe et qu'on est incapable de le faire respecter dans un contexte de violation massive. Ses effets sont eux aussi clairs : les titulaires de droits touchent une rémunération et les Canadiens qui s'adonnent à la copie privée le font maintenant en toute légalité. Le fait que des gens qui ne se livrent pas à cette pratique en paient une partie du prix n'est pas pertinent pour répondre à la question de savoir si le régime relève du droit d'auteur.

La redevance n'est pas une taxe. Débattre du sens précis de certains mots n'est pas utile. Il vaut mieux se demander si le régime constitue, de par sa conception ou en pratique, une taxe ou une sorte de prélèvement de nature réglementaire. Sur ce sujet la Commission s'est contentée pour l'essentiel de reprendre son propos de 1999.

Définition de support audio

La définition de «support audio» décrit les produits assujettis à une redevance. La Commission s'est intéressée à deux éléments de cette disposition : l'interprétation de l'expression «habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores» et la pertinence des attributs physiques du support («Tout support audio»), en particulier l'effet éventuel de son intégration à un appareil.

Concernant le premier point, la Commission a réitéré certains principes. Premièrement, c'est l'emploi que font les consommateurs qui est pertinent, et non pas l'usage général du produit. Deuxièmement, s'en remettre à un pourcentage fixe pour établir ce qui est habituel serait arbitraire et incompatible avec l'objet du régime. Une approche à la fois qualitative et quantitative convient davantage; elle permet à la redevance de s'adapter plus facilement aux réalités du marché et aux habitudes des Canadiens en matière de copie privée. L'objet apparent du support, qui ressort à l'évidence de sa conception, de sa promotion et de son utilisation réelle est un facteur pertinent.

Le deuxième élément exigeait qu'on demande si l'intégration d'un produit à un appareil peut avoir une incidence sur son statut de support audio. La définition de «support audio» est on ne peut plus large. La version anglaise fait référence à *«regardless of its material form»*. Cela exclut la possibilité que la redevance ne s'applique qu'aux supports amovibles. Un support intégré à un appareil demeure un support. Limiter la redevance aux supports amovibles irait à l'encontre du principe voulant qu'on interprète la *Loi* d'une manière technologiquement neutre.

En se fondant sur ces principes, la Commission a continué d'assujettir à une redevance les supports qui l'étaient déjà. Elle a conclu que les DVD enregistrables et réinscriptibles, pour l'instant, ne servent à copier de la musique que dans une mesure très négligeable et ne sauraient donc être assujettis à une redevance. En ce qui concerne la mémoire et le disque dur amovibles compatibles avec les lecteurs MP3 ou tout appareil semblable, la Commission a conclu qu'il était impossible de faire une généralisation quant à leur utilisation précisément à cause de leur amovibilité et que la preuve ne permettait pas d'établir qu'un type particulier de mémoire amovible constitue un support audio au sens de la *Loi*.

En ce qui concerne la mémoire et le disque dur intégrés à un appareil conçu avant tout pour enregistrer et faire jouer de la musique, la Commission a conclu qu'il est possible de les catégoriser en fonction de caractères intrinsèques des appareils dans lesquels le support a été incorporé. Ainsi un support intégré à certains appareils pourra être habituellement utilisé pour copier de la musique, alors que le même support intégré à d'autres appareils pourra ne pas l'être, et ce même si les principaux attributs de ce support (mémoire à semiconducteurs, disque dur, etc.) demeurent relativement les mêmes. La mémoire non amovible intégrée à un enregistreur audionumérique (un appareil conçu, fabriqué et mis en marché à des fins de reproduction d'enregistrements sonores d'œuvres musicales) est donc visée par la définition de «support audio» prévue par la *Loi*.

Établissement des taux de redevances

Dans ses deux décisions antérieures, la Commission avait utilisé un modèle d'évaluation qui cherche à établir la valeur de chaque copie privée d'enregistrement sonore, à évaluer le nombre moyen de copies ainsi faites sur chaque support audio et, par conséquent, à calculer la rémunération des titulaires de droits selon un taux fixe à l'unité. Cette fois-ci, les incertitudes que soulevait la preuve ainsi que d'autres facteurs économiques et de politique publique ont fait en sorte que la Commission s'est refusée à établir les taux simplement en mettant le modèle à jour.

Il fallait établir une redevance pour la mémoire non amovible intégrée en permanence aux enregistreurs audionumériques. La Commission a conclu qu'une grille fondée sur la quantité de mémoire serait trop complexe. Plus la capacité de stockage augmente, moins le consommateur est porté à utiliser tout l'espace disponible pour copier de la musique. De plus, comme la demande pour les copies privées connaît un point de saturation, il devient éventuellement inutile d'avoir plus de capacité de stockage à cette fin. La Commission n'entendait pas entraver le développement du marché émergent de ces nouvelles technologies ou favoriser l'émergence de marché gris ou noir. La redevance devait également être aussi simple que possible. Pour ces motifs, le taux applicable à la mémoire non amovible intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique a été établi à 2 $ par enregistreur d'une capacité d'au plus 1 gigaoctet (Go) de données, 15 $ pour une capacité de plus d'un Go et au plus 10 Go, et 25 $ pour une capacité de plus de 10 Go.

La Commission a choisi de geler les taux pour tous les autres supports. La preuve portant sur les données nécessaires à l'application du modèle existant était incertaine. Les changements à l'égard de la rémunération tirée des ventes de CD préenregistrés étaient dans l'ensemble négligeables. Il n'y avait pas de motif valable de changer la façon dont on évalue l'importance du répertoire admissible. Il ne servait à rien de compliquer davantage l'ajustement visant à tenir compte du fait que le consommateur n'est pas prêt à payer le même prix pour une copie privée que pour l'enregistrement original offert sur le marché. La preuve portant sur les téléchargements payants et les échantillons gratuits était inexistante, bien que les redevances puissent s'estomper au fur et à mesure qu'ils accroîtraient leur part de marché.

D'autres motifs ont eu un rôle à jouer. Il existe un marché noir illégal dans lequel des supports sont aliénés dans un but commercial sans qu'une redevance ne soit perçue. Il existe aussi un marché gris en ce que des supports sont importés et gravés par la personne qui les a achetés. Le marché gris n'est pas illégal, mais il peut avoir des effets indésirables. Plusieurs facteurs ont amené la Commission à conclure que ces marchés sont importants. Premièrement, les détaillants prétendaient avoir acheté près de deux fois plus de CD vierges que les fabricants et importateurs canadiens avaient déclaré en avoir vendu. Deuxièmement, la façon dont on collige les données disponibles n'arrive tout simplement pas à tenir compte de ces marchés. Troisièmement, tant la SCPCP que la *Canadian Storage Media Alliance* (CSMA) sont fort préoccupées de l'application des tarifs, ce qui semble vouloir dire que les personnes directement touchées par cette situation estiment qu'il y a de sérieux problèmes à régler. La Commission a aussi craint que des redevances plus élevées représentent un fardeau financier trop important pour les consommateurs. Maintenir les taux à leur niveau actuel permettait de répondre à toutes ces préoccupations.

La Commission n'a pas pris en compte d'autres facteurs tels les comparaisons internationales et l'effet actuel des MPT et des SEGDA.

En fin de compte, la Commission avait trop de réserves importantes à l'égard de la preuve au dossier pour justifier une augmentation des taux. Elle s'est dite convaincue que les taux établis par le passé étaient, et sont toujours justes et équitables pour tous les intéressés. Les taux ont donc été fixés à 29¢ par cassette audio de plus de 40 minutes, 21¢ par CD-R Audio, CD-RW, et 77¢ par CD-R Audio, CD-RW Audio ou MiniDisc.

Le reste de la décision traite de diverses modalités afférentes au tarif.

Le vice-président Callary a exprimé une dissidence sur trois points.

Il était tout à fait à l'aise d'établir les taux en se fondant sur le modèle d'évaluation actuel, ce qui l'aurait amené à établir les taux à 28¢ pour les cassettes audio, 29¢ et 21¢ pour les CD-R et les CD-RW, respectivement, et 72 ¢ pour les CD-R Audio, les CD-RW Audio et les MiniDisc. Pour la mémoire non amovible intégrée en permanence aux enregistreurs audionumériques, il aurait établi les mêmes taux que la majorité.

Il ne s'inquiétait pas de la fiabilité des données au dossier et ne croyait pas que les transactions sur les marchés gris et noir posaient un problème suffisamment sérieux pour justifier un gel de redevances.

Enfin, il aurait tenu compte du programme d'exonération dans l'établissement des taux. La Commission devrait partir du principe suivant lequel le législateur a promulgué un régime qui doit être viable et équitable et qui permet d'atteindre les objectifs s'y rattachant. Le programme d'exonération est devenu une composante intrinsèque du régime; un taux qui n'en tient pas compte ne peut être équitable pour les titulaires de droits. Si l'établissement du taux est fondé sur l'hypothèse voulant que tous les acheteurs de supports vierges le paient, la perception de cette redevance par la SCPCP auprès d'une partie d'entre eux seulement entraîne alors une dévaluation des droits des titulaires. Le programme n'est pas illégal. En le mettant sur pied ou en en tenant compte aux fins de l'établissement du taux de la redevance, ni la SCPCP ni la Commission se substituent au législateur en sous-entendant d'autres exemptions. La SCPCP n'a pas miné le régime en mettant en œuvre le programme; elle a donné suite à une déclaration directe de la Commission et a réagi à une dure réalité du marché. Tenir compte du programme aux fins

de l'établissement du taux, c'est tout simplement tenir compte de la réalité de l'application des redevances.

[NOTE : Cette décision fait en ce moment l'objet de trois demandes de révision judiciaire devant la Cour d'appel fédérale]

Mise à exécution du tarif de copie privée

Le 7 mai 2003, la SCPCP demandait à la Commission d'émettre des ordonnances obligeant certains importateurs de supports audio vierges à acquitter des redevances impayées et à respecter de façon générale les modalités du tarif pour la copie privée. D'entrée de jeu, la Commission s'est demandée si elle avait le pouvoir d'émettre de telles ordonnances. La SCPCP soutenait que la Commission peut ordonner à une personne de respecter les modalités d'un tarif homologué et la déclarer coupable d'outrage si celle-ci refuse d'obtempérer. Le 19 janvier 2004, la Commission rejetait la demande.

La demande soulevait deux questions. La Commission a-t-elle le pouvoir d'ordonner à quelqu'un de respecter les modalités d'un tarif homologué; dans l'affirmative, peut-elle sanctionner l'inobservation de l'ordonnance au moyen d'une procédure pour outrage?

L'argument de la SCPCP selon lequel la Commission a le pouvoir d'ordonner à quelqu'un de respecter les modalités d'un tarif homologué se fondait sur trois propositions principales.

Premièrement, la SCPCP soutenait que le paragraphe 66.7(1) de la *Loi* confère à la Commission les attributions d'une cour supérieure d'archives à l'égard de l'exécution de ses décisions, ce qui comprend les tarifs homologués. L'argument va à l'encontre de valeurs et de principes du droit administratif, comme de restreindre les pouvoirs d'un décideur à ceux qui sont nécessaires à l'exercice régulier de sa compétence principale. Si ce n'était que pour cette raison, un simple renvoi à l'exécution de décisions ne suffit pas pour conclure que le législateur voulait que la Commission s'occupe de l'exécution quotidienne des tarifs. La disposition prévoit les moyens dont la Commission a besoin pour s'acquitter de son mandat principal; elle lui permet de prendre des décisions de nature procédurale ou interlocutoire à l'appui de l'exercice de sa fonction principale et de façon accessoire à celle-ci. Le pouvoir d'exécuter un tarif n'est pas nécessaire pour homologuer un tarif. Par ailleurs, le paragraphe 66.7(2) de la *Loi* autorise le recours à une cour supérieure aux fins de l'exécution des décisions de la Commission, ce qui implique qu'une cour supérieure est en mesure de faire certaines choses qui échappent au ressort de la Commission.

Deuxièmement, la SCPCP soutenait que la Commission a les mêmes pouvoirs que le Tribunal de la concurrence, qui voit à l'exécution de ses propres ordonnances. Il faut analyser les similarités entre la *Loi sur le droit d'auteur* et la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* en tenant compte de l'ensemble du régime législatif. Sous un tel éclairage, ce sont les différences et non les similarités qui deviennent frappantes. Les fonctions et pouvoirs du Tribunal sont énoncés dans une disposition unique à portée extrêmement large. Le mandat de la Commission est énoncé dans diverses dispositions des parties VII et VIII de la *Loi sur le droit d'auteur* et se limite en général à fixer des redevances et les modalités connexes. Les deux organismes ont également des rôles fort différents. Le Tribunal supervise tous les comportements non criminels visant à éliminer la concurrence au Canada. La Commission fixe des taux qu'elle intègre à des tarifs. Seul le Tribunal de la concurrence est vraiment en mesure de voir au respect

des ordonnances qu'il rend. Par opposition, les tarifs de la Commission ne sont pas si difficiles à comprendre ou à exécuter; qui plus est, les tribunaux judiciaires se sont révélés une instance efficace pour voir à leur respect. Enfin, la *Loi sur le droit d'auteur* laisse clairement à d'autres instances le soin d'exécuter les tarifs. Le Tribunal de la concurrence rend des ordonnances extrêmement complexes et peaufinées; il ne peut s'acquitter de son rôle sans pouvoir s'occuper de ceux qui ne se conforment pas à ses ordonnances. La Commission peut homologuer des tarifs et leurs modalités sans se préoccuper de les exécuter.

Troisièmement, la SCPCP soutenait qu'un tarif homologué ne peut être effectivement exécuté par la Cour fédérale sans une ordonnance de la Commission visant une personne particulière ou une exigeant le paiement d'un montant précis. Même si une telle chose était vraie, elle n'est pas pertinente. Les tarifs homologués énoncent droits et obligations. La *Loi* prévoit la façon de les exécuter. Rien de plus n'est nécessaire. Quant à la question de devoir décider si l'exercice d'un recours juridique a du sens en pratique, c'est justement ce à quoi est confronté tout titulaire de droits qui se doute qu'un utilisateur ne satisfait pas à ses obligations envers lui.

La Commission a aussi conclu que même si elle avait été en mesure de rendre les ordonnances demandées, elle n'aurait pas eu le pouvoir de déclarer coupable d'outrage ceux qui ne s'y conformeraient pas. L'inobservation constituerait un outrage *ex facie* et le paragraphe 66.7(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* indique que le pouvoir de sanctionner un tel outrage *ex facie* appartient à une autre instance que la Commission. Une fois encore, la Commission a mis de côté les apparentes similitudes entre elle et le Tribunal de la concurrence en se fondant sur une analyse de l'ensemble des deux régimes législatifs.

REPRODUCTION D'ŒUVRES MUSICALES

Arrière-plan

Les articles 70.12 à 70.191 de la *Loi sur le droit d'auteur* accordent aux sociétés de gestion qui ne sont pas assujetties à un régime spécifique l'option de procéder par dépôt de projets de tarifs auprès de la Commission. Le processus d'examen et d'homologation d'un tel tarif est le même que dans les régimes spécifiques. Le tarif homologué est opposable à tous les utilisateurs, sauf que contrairement aux régimes spécifiques, les ententes conclues en vertu de ce régime général ont préséance sur le tarif.

Décision de la Commission

Le 26 mars 1999, la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada (SODRAC) déposait un projet de tarif pour la reproduction d'œuvres musicales par une station de radio autre que Radio-Canada et la *Canadian Broadcasting Corporation* pour les années 2000 à 2002.

La SODRAC a par la suite scindé ce projet de tarif en deux parties, pour des motifs de commodité. La première, visant la radio commerciale, a été jointe au projet de tarif de l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux (CMRRA) visant ces mêmes stations et a fait l'objet d'une décision de la Commission le 28 mars 2003 (voir Rapport annuel 2002-2003 de la Commission).

La seconde partie, visait toutes les stations à but non lucratif, incluant les stations communautaires, les stations de campus associées à un établissement d'enseignement post-secondaire, les stations autochtones et les stations religieuses. La SODRAC recherchait des redevances de 50 $ par mois pour les stations françaises et allophones et de 10 $ par mois pour les autres. Trois associations se sont opposées à cette partie : l'Association des radiodiffuseurs communautaires du Québec (ARCQ), l'Alliance des radios communautaires du Canada (ARCC) et la *National Campus and Community Radio Association* (NCRA).

La SODRAC s'est par la suite entendue avec l'ARCQ et l'ARCC pour que chacune de leurs stations membres paient 250 $ par année pour une licence autorisant la reproduction des œuvres faisant partie du répertoire de la SODRAC et l'utilisation à des fins de radiodiffusion des copies qui en résultent. Le 27 mars 2002, la SODRAC a fait parvenir à la Commission un projet de tarif modifié reflétant l'entente en question. Ce projet limite la portée du tarif aux stations titulaires d'une licence d'opération de radio communautaire délivrée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), sauf celles ayant une licence pour opérer en langue anglaise. Les membres de la NCRA ne sont donc plus visés par ce tarif.

Ce même jour, la SODRAC déposait un projet de tarif 3.B pour les années 2003 à 2005. Le projet, publié dans la *Gazette du Canada* le 11 mai 2002, reprend exactement les modalités du projet de tarif modifié pour les années 2000 à 2002. Seule la NCRA s'est opposée à ce tarif; elle a par la suite retiré son opposition après avoir reçu l'assurance de la part de la SODRAC que le tarif proposé pour les années 2003 à 2005 ne s'appliquait pas aux stations communautaires ayant une licence pour opérer en langue anglaise.

Le 10 mai 2003, la Commission, ayant pris acte que la SODRAC entendait renoncer à percevoir des redevances pour l'année 2000, homologuait le tarif pour les années 2001 à 2005.

PROCÉDURES D'ARBITRAGE

En vertu de l'article 70.2 de la *Loi*, la Commission a le pouvoir d'établir les droits et modalités afférentes à un régime d'octroi de licences administré par une société de gestion agissant pour le compte des titulaires de droits d'auteur, en cas de mésentente entre cette société et un utilisateur et à la demande de l'un d'eux.

Aucune demande au titre de cet article n'a été faite à la Commission en 2003-2004.

TITULAIRES DE DROITS D'AUTEUR INTROUVABLES

L'article 77 de la *Loi* donne à la Commission le pouvoir de délivrer des licences pour autoriser l'utilisation d'œuvres publiées, de fixations de prestations, d'enregistrements sonores publiés ou de la fixation d'un signal de communication lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable. La *Loi* exige cependant des demandeurs de licences qu'ils aient fait des efforts raisonnables pour retracer le titulaire du droit d'auteur. Les licences délivrées par la Commission sont non exclusives et valides seulement au Canada.

Depuis sa création en 1989, la Commission a délivré 134 licences. Au cours de l'exercice financier 2003-2004, 31 demandes de licences ont été déposées à la Commission et 19 licences ont été accordées, comme suit :

- *SummitREIT Property Management Ltd.*, Calgary (Alberta), autorisant la reproduction des plans architecturaux créés par Peter & Symonds Partnership Architects and Planners pour la propriété sise au 3805, 29e rue N.E. à Calgary.

- *Nargis Gamble*, Calgary (Alberta), autorisant la reproduction des plans architecturaux pour la propriété sise au 74 Applestone Park S.E. à Calgary construite par North Star (devenue West Star) pour MaCalgary Developments.

- *Éditions du remue-ménage*, Montréal (Québec), autorisant la reproduction de la page couverture du livre intitulé *Pour contrôler les naissances - D'après la méthode Ojino-Knaus* de Jacques Poys, publié en 1943 par Les Éditions Nossiop.

- *The Estate Condominium Board*, Calgary (Alberta), autorisant la reproduction des plans architecturaux créés par K. Michie en 1982 pour la propriété sise au 720, 13e Avenue S.O. à Calgary.

- *John Hillman*, Montréal (Québec), autorisant la reproduction mécanique de l'œuvre musicale *Intentions* écrite par George Adams (1940-1992).

- *Office national du film du Canada*, autorisant la reproduction et l'incorporation dans un film documentaire, d'une caricature produite par Stewart Cameron publiée en 1943 dans son livre intitulé *Basic training daze: candid cartoons of you and me in the army* (éditeur inconnu).

- *Monique Saintonge*, Laval (Québec) : deux licences ont été délivrées à la requérante autorisant la reproduction mécanique de l'œuvre musicale *Donne-moi ton coeur* écrite par Lucien Brosseau et publiée par BMI Canada Limited de Toronto en 1958.

- *Martin Racine*, Val-Bélair (Québec), autorisant la reproduction mécanique de 23 pièces musicales composées et/ou enregistrées par Isidore Soucy.

- *Northern Sky Entertainment Ltd.*, Toronto (Ontario), autorisant l'utilisation (narration) dans un documentaire télévisé, de trois extraits de lettres écrites durant la deuxième guerre mondiale par le Lieutenant Robert C. Lewin, le Lieutenant John B. Doyle, Jr. et le Lieutenant Russell Lloyd.

- *Robert Wong*, Ottawa (Ontario), autorisant la reproduction des plans architecturaux créés en 1957 (nom de l'architecte inconnu) pour la propriété sise au 2012 promenade Killarney à Ottawa.

- *University of Prince Edward Island's Robertson Library*, autorisant la numérisation et la communication au public des revues *The Prince Edward Magazine* publiées à Charlottetown, (I.P.E.) de 1899 à 1905.

- *334154 Alberta Limited*, Calgary (Alberta), autorisant la reproduction des plans architecturaux créés par Strong, Lamb & Nelson (Edmonton) Ltd. (auparavant Burwash-De Jong Ltd.) pour la propriété sise au 3515, 17e Avenue S.O. à Calgary.

- *Christopher Simmonds Architect*, Ottawa (Ontario), autorisant la reproduction des plans architecturaux créés en 1983 par Polyhedra Design and Drafting pour la propriété sise au 154, avenue Billings à Ottawa.

- *University of British Columbia Music Library*, autorisant la numérisation, l'exécution publique et la communication au public des partitions de 14 pièces musicales sur le site Internet de l'université.

- *Carleton Condominium Corporation No. 281*, Ottawa (Ontario), autorisant la reproduction des plans de distribution d'électricité, créés en 1983 par J.G. Knowlton Ltd. pour le complexe Eagle Ridge Condominium sis au 100 Stratas Court à Ottawa.

- *Adjeleian Allen Rubeli Limited*, Ottawa (Ontario), autorisant la reproduction des plans architecturaux créés dans les années 1970 par les architectes Fisher, Tedman, Glaister de Toronto et Gratton (ou Grattan) D. Thompson de Montréal pour la propriété sise au 205, chemin Richmond à Ottawa.

- *Ontario Office of the Worker Adviser*, autorisant la numérisation et la communication au public d'un élément du tableau «Coal Diggers» (1935) de Paul Rand sur le site Internet de l'organisme.

- *Soloway Jewish Community Centre - Ganon Preschool*, Ottawa (Ontario), autorisant la reproduction mécanique de 21 chansons.

De plus, la Commission a rendu une décision rejetant une demande de licence déposée par Pointe-à-Callière, Musée d'archéologie et d'histoire de Montréal, au motif que l'utilisation envisagée ne requiert pas l'autorisation du titulaire du droit d'auteur. Le Musée désirait reproduire et présenter au public, dans le cadre d'une exposition intitulée *Rêves et réalités au canal de Lachine*, douze citations et la traduction de dix d'entre elles. Les citations étaient tirées de deux livres intitulés *St-Henri* et *Petite Bourgogne*, des recueils de courts commentaires sur l'histoire sociale, politique, ouvrière et communautaire de ces quartiers de Montréal. La Commission a conclu que les extraits que la requérante voulait utiliser ne constituaient pas une partie importante des œuvres dont elle les a tirés.

JUGEMENTS DES TRIBUNAUX

Le 27 mars 2003, la Cour suprême du Canada avait accordé la permission d'en appeler de la décision de la Cour d'appel fédérale du 1er mai 2002 faisant droit en partie à une demande de révision judiciaire de la décision de la Commission du 27 octobre 1999 portant sur le tarif 22 (Musique sur Internet) de la SOCAN. L'affaire a été entendue le 3 décembre 2003 et prise en délibéré.

Exécution publique de la musique

Le 15 mars 2002, la Commission homologuait le premier tarif établissant les redevances payables par les fournisseurs de services sonores payants numériques (SSPN) pour la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores de ces œuvres. La Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) a contesté cette décision devant la Cour d'appel fédérale pour deux motifs principaux. Premièrement, la Commission aurait commis une erreur de droit en attribuant (avant de procéder aux ajustements pour tenir compte de l'importance relative des répertoires éligibles) la moitié des redevances à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et

éditeurs de musique (SOCAN), et l'autre moitié à la SCGDV : en procédant de cette façon, la Commission n'aurait pas tenu compte du fait que les artistes-interprètes et les producteurs ont des droits distincts à une rémunération. Deuxièmement, la Commission aurait eu tort d'homologuer un tarif commun pour la SOCAN et la SCGDV, chacune ayant soumis un projet distinct. La demande touchait à l'interprétation du pouvoir que la *Loi sur le droit d'auteur* confère à la Commission de modifier les modalités afférentes aux redevances lorsqu'elle homologue un tarif.

Le 10 juillet 2003, la Cour d'appel fédérale rejetait la demande de la SCGDV.

Dans un premier temps, la Cour a conclu, en se fondant uniquement sur l'accord des parties (autres que la Commission) à ce sujet, que l'artiste-interprète et le producteur d'enregistrement sonore ont chacun un droit distinct à une rémunération équitable. Restait à décider s'il ressortait des motifs de la Commission qu'elle avait réparti les redevances en supposant à tort que l'artiste-interprète et le producteur avaient un seul et même droit à rémunération. La Cour a conclu qu'il serait très étonnant qu'un organisme aussi spécialisé que la Commission commette une erreur aussi fondamentale, surtout que, dans une décision antérieure relative à la copie privée, elle avait réparti les redevances à parts plus ou moins égales entre les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs. La Cour a ajouté qu'elle n'était pas convaincue que la Commission avait eu tort de s'appuyer sur sa décision antérieure portant sur les droits à rémunération des artistes-interprètes et producteurs en radio commerciale (tarif 1.A). À titre de tribunal administratif spécialisé, la Commission avait droit à une grande déférence dans l'interprétation de ses propres décisions.

La question était ensuite de savoir si la Commission avait omis de tenir compte de la preuve présentée par la SCGDV concernant la contribution relative des auteurs, artistes-interprètes et producteurs à la valeur de la communication de musique enregistrée par les SSPN. La Cour a conclu que Commission, loin de faire fi de cette preuve, l'avait prise en considération avant de l'écarter.

La troisième question était de savoir si la Commission avait abusé de son pouvoir discrétionnaire en homologuant un tarif unique alors que les parties avaient présenté des projets distincts et n'avaient pas consenti à l'homologation d'un tarif commun. La SCGDV a fait valoir que le regroupement de deux tarifs en un seul ne pouvait équivaloir à une modification des redevances ou des modalités afférentes.

Une analyse pragmatique et fonctionnelle s'imposait pour déterminer la norme de contrôle applicable. Il fallait déterminer si le pouvoir d'homologuer un projet de tarif «après avoir apporté aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires» autorise la Commission à établir un tarif lorsque les parties ont soumis des projets distincts et n'ont pas consenti à l'homologation d'un tarif unique. Le fait qu'il s'agissait d'une question de droit et que la décision de la Commission était susceptible de faire jurisprudence militait en faveur de la norme de la décision correcte. Par contre, la question touchait le pouvoir de la Commission d'accorder une réparation étrangère à celles qu'accorde une cour de justice. La question en litige pouvait être considérée comme une question de «compétence» puisqu'elle avait trait à l'interprétation de l'octroi du pouvoir discrétionnaire de réparation par le législateur. Cependant, la portée du pouvoir discrétionnaire de la Commission (apporter aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires) est inhabituellement large, permettant de conclure que le législateur a voulu que les décisions de la Commission concernant l'étendue de ce pouvoir appellent la déférence.

La Commission était plus à même que la Cour de décider si ses pouvoirs lui permettaient d'homologuer un tarif unique auquel les parties n'avaient pas consenti. Il ne s'agissait pas d'une question de droit intéressant une instance en violation du droit d'auteur, mais d'une question de nature technique soulevée dans le cadre d'une instance sur laquelle le législateur a conféré à la Commission une compétence exclusive. La question était intimement liée à l'exécution du mandat légal de la Commission, y compris l'efficacité et l'équité de la régulation. La manière dont la Commission conçoit l'administration des tarifs et la mise en balance des intérêts économiques opposés qui sont en jeu importaient davantage que toute connaissance générale du droit pour déterminer si la disposition autorise la Commission à homologuer unilatéralement un seul tarif.

Il convenait également d'examiner l'objet du régime législatif dans son ensemble, de même que celui de la disposition en cause. L'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* est de faire en sorte que les créateurs soient rémunérés pour l'utilisation de leurs œuvres. Elle établit un cadre de gestion collective. Elle pondère, dans l'intérêt public, les intérêts concurrents des producteurs, des utilisateurs et des consommateurs. Mise sur pied pour administrer ce régime, la Commission s'acquitte de ses obligations dans le contexte de l'évolution rapide et radicale de la technologie qui refaçonne le marché et exige la prise de mesures de régulation élaborées. L'on peut présumer que le législateur a voulu doter la Commission des pouvoirs nécessaires pour appliquer efficacement ses décisions et que, à cette fin, il l'a investie d'un très large pouvoir discrétionnaire dans l'homologation de tarifs de redevances. Un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte serait incompatible avec ces objectifs.

Les cours de justice paraissent peu enclines à opter pour le caractère manifestement déraisonnable comme norme de contrôle applicable au règlement d'une question de droit par un tribunal d'arbitrage ne bénéficiant pas d'une clause privative non équivoque, mais il convenait de faire une exception en l'espèce. L'interprétation doit comporter une certaine marge de manœuvre lorsque l'exercice du pouvoir fait partie intégrante d'un régime de réglementation complexe et ne peut avoir qu'une incidence indirecte et limitée sur les intérêts économiques individuels.

Restait à savoir s'il était manifestement déraisonnable de conclure que le paragraphe 68(3) confère à la Commission le pouvoir de regrouper les tarifs. Le libellé de la disposition ne permettait pas de conclure que modifier le projet de tarif en homologuant un seul tarif ne pouvait rationnellement être considéré comme ressortissant au pouvoir discrétionnaire de la Commission d'apporter «aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires». Les motifs invoqués par la Commission – alléger les contraintes administratives des fournisseurs de SSPN sans causer un préjudice important aux sociétés de gestion – avaient un lien rationnel avec l'accomplissement de sa fonction de régulation.

Bien qu'un tarif unique puisse paraître peu commode à la SCGDV et susceptible de lui infliger un préjudice, il n'en résulte pas un empiétement excessif sur des droits privés très prisés. De toute manière, si la SCGDV est lésée par l'homologation d'un seul tarif, le préjudice est minime. Tout tarif a une durée limitée; à la prochaine occasion, la SCGDV pourra préconiser l'homologation de tarifs distincts compte tenu des difficultés causées par l'application d'un tarif unique.

[Référence : Société canadienne de gestion des droits voisins c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (C.A.F.), [2004] 1 R.C.F. 303]

ENTENTES DÉPOSÉES AUPRÈS DE LA COMMISSION

La *Loi* permet à une société de gestion et à un utilisateur de conclure des ententes portant sur les droits et modalités afférentes pour l'utilisation du répertoire de la société. L'article 70.5 de la *Loi* prévoit par ailleurs que si l'entente est déposée auprès de la Commission dans les quinze jours suivant sa conclusion, les parties ne peuvent être poursuivies aux termes de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. La même disposition prévoit par ailleurs que le Commissaire de la concurrence nommé au titre de cette loi peut avoir accès aux ententes ainsi déposées. Si ce dernier estime qu'une entente est contraire à l'intérêt public, il peut demander à la Commission de l'examiner. La Commission fixe alors les droits et les modalités afférentes.

Au cours de l'exercice financier 2003-2004, 291 ententes ont été déposées à la Commission, pour un total de 3677 ententes déposées depuis sa création en 1989.

Access Copyright, The Canadian Copyright Copyright Licensing Agency (connue auparavant sous CANCOPY), qui gère les droits de reproduction, telle que la photocopie, au nom d'auteurs, éditeurs et autres créateurs, a déposé 230 ententes autorisant diverses institutions et entreprises, par voie de licence, à faire des copies des œuvres publiées inscrites dans son répertoire. Ces ententes ont été conclues avec divers établissements d'enseignement, municipalités, compagnies, organismes à but non lucratif et centres de photocopie.

La Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (COPIBEC) a déposé 23 ententes. COPIBEC est la société de gestion qui autorise, au Québec, la reproduction des œuvres des titulaires de droits québécois, canadiens (par le biais d'une entente de réciprocité avec *Access Copyright*) et étrangers. COPIBEC a été fondée en 1997 par l'Union des écrivaines et écrivains québécois (UNEQ) et l'Association nationale des éditeurs de livres (ANEL). Les ententes déposées en 2003-2004 ont été conclues avec des municipalités et organismes divers.

Access Copyright et COPIBEC ont aussi déposé deux ententes qu'elles ont conjointement conclues avec la Banque Toronto-Dominion et avec Apple Canada Inc.

Quant à l'Agence pour les licences de reproduction audiovisuelle (AVLA), qui est une société de gestion de droits d'auteur pour le compte de propriétaires d'enregistrements originaux de musique et de musique sur vidéocassettes, elle a déposé 30 ententes.

La *Canadian Musical Reproduction Rights Agency* (CMRRA) qui est un organisme canadien centralisé qui octroie des licences et perçoit les droits de reproduction d'œuvres musicales au Canada a, pour sa part, déposé une entente-modèle de licence en ligne qu'elle a conclue avec la *Canadian Recording Industry Association* (CRIA), Napster et MusicNet pour l'octroi des licences en ligne pour le téléchargement et la transmission d'œuvres musicales incorporées à des enregistrements sonores.

Enfin, l'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens (CBRA) a déposé trois ententes intervenues avec des moniteurs médiatiques non commerciaux et deux ententes intervenues avec des moniteurs médiatiques commerciaux. CBRA représente divers radiodiffuseurs privés canadiens, auteurs et titulaires d'émissions d'actualités et de signaux de communication.